

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

SITUATION JURIDIQUE
DU
CONJOINT D'UN COMMERÇANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 24 Mars 1897 à 1 heure.

PAR

H. WAGNIER

Président : M. BOISTEL

Suffragants { M. GLASSON

{ M. LE POITTEVIN

} *Professeurs.*

PARIS
IMPRIMERIE DE CH. NOBLET ET FILS
13, RUE CUJAS, 13

1897



Digitized by the Internet Archive
in 2026

SITUATION JURIDIQUE
DU
CONJOINT D'UN COMMERÇANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 24 Mars 1897 à 1 heure.

PAR
H. WAGNIER

Président : M. BOISTEL

Suffragants { M. GLASSON } *Professeurs.*
 { M. I.E POITTEVIN }



PARIS
IMPRIMERIE DE CH. NOBLET ET FILS
13, RUE CUJAS, 13

1897

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Le commerce et le droit commercial prennent, de jour en jour, plus d'extension : les questions qui s'y rattachent présentent un intérêt croissant, et cet intérêt passe des questions fondamentales aux questions secondaires. En dehors du commerçant lui-même auquel sa profession crée une situation spéciale, gouvernée par des règles propres, indépendantes de celles applicables aux professions civiles, il est intéressant d'étudier la situation des personnes que les rapports d'affaires et surtout les liens sociaux rapprochent de lui. Au premier rang de celles-là se trouve son conjoint par mariage : les règles applicables à l'un des époux ont toujours une influence sur la situation juridique de l'autre.

C'est la condition juridique du conjoint du commerçant qui fait l'objet de cette étude.

Elle se divise naturellement en deux parties :

La première traite de la condition juridique de la femme d'un commerçant.

La deuxième, de la condition juridique du mari d'une commerçante.

Dans chacune de ces hypothèses, nous devons

envisager distinctement le cas où l'époux commerçant est *in bonis*, et celui où il vient d'être déclaré en faillite.

Afin de pouvoir étudier le sujet dans toute sa pureté, débarrassé de tout élément qui le complique, nous avons constamment supposé que l'époux dont nous recherchions la condition juridique ne prenait aucune part au commerce de l'autre; c'est dans un dernier chapitre que nous avons rejeté l'étude des conséquences qui peuvent résulter pour l'un des époux de sa participation au commerce de son conjoint : devient-il commerçant? La solution doit-elle être la même pour le mari et pour la femme? Quelle qu'elle soit, elle présente le plus grand intérêt pratique, car la situation est fréquente de deux époux qui font conjointement le même commerce.

Les textes sont rares sur les difficultés que nous avons examinées; les questions qui se posent sont controversées; il faut remonter aux principes généraux : si nous avons parfois noté d'importantes exceptions au droit commun (nous voulons dire le droit applicable aux rapports de deux époux, étrangers tous deux au négoce), nous n'avons eu aussi par ailleurs qu'à en faire l'application. Mais alors même il n'était pas sans intérêt de mettre en lumière les règles de chaque régime matrimonial à l'occasion d'une hypothèse où elles sont le plus discutées.

PREMIÈRE PARTIE

SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME D'UN COMMERÇANT

Pour étudier sans confusion la situation juridique de la femme d'un commerçant, il convient de distinguer nettement deux périodes : 1^o celle de la prospérité du commerce ; 2^o celle qui suit la déclaration de faillite.

Nous commencerons par cette dernière.

CHAPITRE I

Après la faillite.

SECTION 1^{re}. — APERÇU GÉNÉRAL

La différence apparaît profonde entre la femme du commerçant et la femme du non-commerçant le jour de la faillite. Tandis que la déconfiture du mari ne restreint pas les droits de la femme, ni dans leur

existence, ni dans leurs conditions d'exercice, la faillite du mari la soumet à un régime d'exception et de rigueur.

On comprend que, dans le conflit qui s'élève entre les créanciers du mari et la femme de leur débiteur, la loi exige de cette dernière des justifications sérieuses de la sincérité de ses prétentions : l'expérience a prouvé que la communauté d'intérêts qui l'unit au mari la fait trop souvent complice de combinaisons frauduleuses destinées à détourner une partie du gage des créanciers : l'exagération du chiffre des reprises, la revendication d'apports fictifs, la réclamation d'indemnités imaginaires sont les plus fréquentes de ces combinaisons. Elles sont ordinairement difficiles à déjouer et les créanciers échouent faute de preuves.

Il en résulte, avec l'enrichissement de la femme, de graves scandales et la ruine du crédit public.

C'est afin d'empêcher ces fraudes que la loi commerciale nous présente un système de sévérités spéciales à la femme du failli; malgré sa rigueur, ce système respecte les intérêts rivaux. En principe et sauf l'exception contenue en l'art. 564 C. com., il conserve à la femme l'intégrité de ses droits, et ne modifie, pour les aggraver, que leurs conditions d'exercice.

Il offre l'avantage d'affermir le crédit du commerçant. La confiance ne peut naître que si les droits légitimement acquis trouvent dans la loi pro-

tection efficace; il n'est pas sans doute au pouvoir du législateur d'élever contre la fraude un obstacle infranchissable, mais il est de son devoir de prendre les mesures nécessaires pour assurer aux créanciers qu'au jour de la faillite, l'actif de leur débiteur ne sera pas absorbé par des productions abusives. Par ce côté, les dispositions rigoureuses de la loi commerciale profitent à la femme elle-même, car elle prend sa part du bien-être que le crédit du mari, source de prospérité pour son commerce, procure au ménage. Les sacrifices éventuels, que la loi lui impose, sont compensés par des avantages immédiats et certains.

La femme du non-commerçant est traitée moins rigoureusement que la femme du failli dans ses rapports avec les créanciers du mari en déconfiture. Cependant, semble-t-il, le régime devrait être le même, puisque les motifs de la loi se retrouvent identiques; on ne voit pas pourquoi la responsabilité de la ruine du mari ne remonterait à la femme que dans la débâcle du commerçant. Comment expliquer et justifier cette différence?

L'expliquer, c'est assez simple. La loi civile ne contient pas de réglementation systématique de la déconfiture; les textes qui gouvernent le conflit de la femme et des créanciers du mari sont éparés et ne prévoient que certaines hypothèses. La question de savoir quelles étaient, dans cette circonstance, les règles à adopter, ne s'est pas posée aux auteurs du

Code civil dans toute sa netteté et son étendue, comme elle s'est dressée devant les auteurs de la loi commerciale qui organisaient l'institution de la faillite. Sans quoi, il est à penser qu'aucune distinction n'aurait séparé, au point de vue de la condition de la femme, la faillite commerciale et la liquidation civile.

Justifier la différence dont nous nous occupons, c'est plus difficile. « Toutes les raisons empruntées « aux exigences des affaires et à la sauvegarde du « crédit, dit M. Thaller, ne disculperont pas la loi « de ce reproche de double poids » (*Faillites en droit comparé*, t. II, p. 123). Et cependant, il nous semble qu'en bonne législation, la femme du commerçant doit être soumise à des restrictions plus rigoureuses pour l'exercice de ses droits que la femme d'un non-commerçant. Voici pourquoi. Les affaires ne se traitent pas de la même façon dans les relations civiles et dans les négociations commerciales. Là, règne une sage lenteur, et l'examen approfondi des bonnes chances et des mauvaises, c'est-à-dire de la solvabilité de l'autre partie, n'est pas impossible; ici, au contraire, c'est la rapidité et les renseignements hâtifs et incomplets. « Le commerce ne souffre pas de retardements », disait Pothier. Là, j'ai le temps de m'informer de l'état civil de mon débiteur de demain, et si je redoute le concours de sa femme sur les biens qui seront mon gage, il m'est loisible de ne passer contrat qu'en me faisant donner

les sûretés nécessaires. Il n'en est pas de même au commerce : on traite avec un tiers sur la foi de sa réputation, et on risque de ne pas apercevoir tous les dangers auxquels on s'expose. C'est un inconvénient, si l'on veut, mais inhérent à la nature des affaires commerciales. Dès lors, n'est-ce pas au législateur à protéger d'autant plus les commerçants contre la fraude qu'ils ont été moins à même de s'en garantir personnellement?

Il importe, maintenant, de préciser ce qu'a d'exceptionnel et de rigoureux la réglementation des droits de la femme dans la faillite du mari. Nous n'avons pas l'intention d'aborder tous les détails de cette matière. Nous voulons surtout mettre en relief les différences qu'elle offre avec le droit commun.

Une exception, par sa nature même, demande à être strictement renfermée dans les limites de son domaine : avant de passer à l'examen détaillé des art. 557 à 564 C. com., nous dirons donc d'abord les conditions d'application de ces articles.

SECTION 2^e. — CONDITIONS D'APPLICATION DES ART. 557
A 564 C. COM.

Elles se déduisent de l'esprit de ces textes.

Les dispositions qu'ils renferment ont pour but de protéger les créanciers d'une faillite contre les fraudes de la femme, dans la répartition de l'actif

ou dans les opérations qui la précèdent. Elles supposent la faillite déclarée, et la femme invoquant des droits de propriété ou de créance contre la masse des créanciers. « Elles sont faites pour le cas de faillite, c'est-à-dire pour le cas où il y a une masse, et pour cette masse. » (Lyon-Caen et Renault, *Précis dr. com.*, n° 3059.)

M. Labbé, dans une note sous Nancy, 27 mai 1865 (J. P., 1866, p. 1265), a soutenu cependant que toute personne intéressée pouvait invoquer contre la femme du failli les art. 557 à 564 : il se prévaut de l'absence de toute distinction dans les textes. Mais il n'y a qu'à considérer la place qu'occupe dans le Code cette section « des droits des femmes » pour être convaincu de l'inexactitude de cette opinion. Elle est encadrée dans un groupe de dispositions qui ont toutes pour objet de régler la condition dans la faillite de certains ayants-droit : coobligés, cautions, créanciers nantis de gages, de privilège ou d'hypothèque, etc. C'est dans l'intérêt de la collectivité des créanciers représentés par le syndic que la femme subira des restrictions à ses droits ; il est bien, d'ailleurs, dans l'esprit de cette institution de la faillite, de faire prédominer l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Une condition, indispensable, mais suffisante, pour l'application de nos articles, est donc l'existence d'une masse de créanciers, organisée d'après la procédure de la faillite.

De là les conséquences suivantes :

1° Tant que les créanciers ne sont pas constitués en masse, nos articles sont inapplicables.

Ainsi en est-il quelquefois dans l'hypothèse, très pratique, d'un concordat amiable (1). C'est un contrat qui intervient entre un commerçant gêné dans ses affaires ou même en état de cessation de paiements ou de faillite, et tous ses créanciers consentants. Si l'on suppose le concordat amiable antérieur à toute déclaration de faillite, les art. 557 et suiv. ne s'appliquent pas. Cette remarque a une grande importance pour les créanciers qui feront sagement, lorsque l'actif leur sera abandonné et pour se préserver des effets de l'hypothèque légale de la femme, de s'y faire subroger, ou d'obtenir toutes mainlevées ou renonciations à ses revendications, lorsque le régime matrimonial le permettra, afin de n'avoir pas à souffrir de la séparation de biens qui pourrait être obtenue.

La question s'est élevée de savoir si un créancier hypothécaire qui exproprie le mari d'un immeuble acquis à titre onéreux depuis le mariage peut se fonder sur l'art. 563 C. com. pour dénier à la femme, de rang préférable, le droit de se prévaloir de son hypothèque légale sur l'immeuble exproprié, — ou encore si l'art. 564 permet d'écarter la femme, qui dans un ordre ouvert sur les biens du mari,

(1) Cf. sur cette question Fabreguettes, *Rev. crit.*, 1879, p. 339.

produit à raison d'avantages matrimoniaux qui lui proviennent de ce dernier?

La jurisprudence admet l'affirmative, à la seule condition que les adversaires de la femme aient le soin de faire constater par le tribunal civil devant lequel ils sont en instance la cessation des paiements du mari (D. 66, 2, 10; cf. Fabreguettes, *Rev. crit.*, 1879, p. 350).

Nous tenons énergiquement pour la négative. Nous ne rechercherons pas si le tribunal civil appelé à juger une question indépendante de la faillite est autorisé, comme le veut la jurisprudence (1), à constater la cessation des paiements et à faire, dans le litige, l'application des règles de fond du régime de la faillite, nous ferons seulement remarquer que, même en admettant que des conséquences juridiques fussent attachées, avant toute décision de la juridiction consulaire, à l'état de faillite dûment constaté, il n'en résulterait certainement pas la constitution des créanciers en une masse : par suite, l'application des art. 557 à 564 n'est pas justifiée, puisque c'est à la masse seule qu'appartient le droit de les invoquer et que cette masse n'existe pas encore.

La solution de la jurisprudence contrarie l'esprit de la loi. Ce n'est pas pour le bénéfice personnel

(1) Cass., 29 avril 1889; S. 89, 1, 423 et Sirey, T. G., n° 70, 71; 2^e T. D., n° 21.

d'un créancier bien informé que les dispositions dont s'agit ont été écrites : leur utilité, c'est d'aider à la composition d'un actif sur lequel les créanciers seront payés selon leurs droits. Les faire servir à une autre fin, c'est en faire sortir l'inégalité, au lieu de l'égalité de situation entre tous les créanciers, voulue par la loi. Tout s'enchaîne dans l'organisation de la faillite, et ce n'est pas impunément qu'on veut distinguer les formalités relatives à l'organisation, à l'administration, à la liquidation de la faillite, des règles de fond. Toutes sont les pièces d'un même mécanisme, et il n'est pas sans danger de prendre au milieu du code des dispositions spéciales, pour les appliquer seules, abstraction faite des dispositions voisines.

2° Quand la masse chirographaire a disparu, il n'y a plus lieu d'appliquer les art. 557 à 564.

Ainsi en est-il après la dissolution de l'union, ou la réalisation et la distribution des biens qui suivent le concordat par abandon d'actif; mais c'est au cas de concordat simple que la question offre le plus d'intérêt pratique. Le concordat ne fait pas cesser la faillite, et cependant il dissout la masse; chaque créancier reprend sa liberté d'action individuelle. Dès lors il peut arriver qu'un failli concordataire soit exproprié d'un immeuble acquis depuis son mariage, et que sa femme produise à l'ordre en invoquant son hypothèque légale : cela suppose qu'elle n'avait pas voté au concordat ou bien qu'en qualité

de femme dotale elle n'a pas pu compromettre les garanties attachées à sa créance en restitution contre le mari. Devra-t-elle être écartée en vertu de l'art. 563? Le bon sens commande l'affirmative. Le concordat ne manquerait-il pas son but s'il remettait la femme du failli dans le droit commun? Mais, semble-t-il, cette solution ne s'accorde guère avec notre principe : nous avons commencé par affirmer que les dispositions dont s'agit ne pouvaient être invoquées que par la masse. Le concordat la fait disparaître. La logique ne devrait-elle pas nous imposer la solution contraire? La contradiction n'est qu'apparente : la masse est dissoute, c'est vrai, mais chacun des créanciers qui la composaient a succédé individuellement aux droits de cette masse; c'est ce qui résulte de l'art. 517 C. com. qui conserve à chaque créancier le bénéfice de l'hypothèque légale inscrite par les syndics sur les immeubles du failli. Il n'y a là qu'une application de l'idée générale que nous venons d'indiquer, et c'est, sans contradiction, que nous pouvons maintenir après le concordat simple l'application des art. 557 à 564 C. com.

Nous préférons cette argumentation à celle que nous pourrions tirer d'un passage de la note précitée de M. Labbé (J. P., 1866, p. 1265) : M. Labbé assimile le failli concordataire au syndic d'union; si cette assimilation est fondée, il est facile de la faire servir à l'appui de notre solution en disant que la

masse des créanciers, après le concordat, a toujours un représentant : le failli ; mais elle semble très discutable ; il y a une différence fondamentale entre la situation du syndic et celle du failli concordataire : le premier, mandataire légal, administre pour le compte d'autrui ; le failli administre en son nom personnel.

La femme retomberait-elle dans le droit commun s'il s'agissait d'un bien acquis postérieurement au concordat ? Massé (Dr. com., II, n° 1350) l'admet en partant de l'idée que le concordat efface la faillite pour l'avenir, et que la femme ne demeure soumise aux restrictions de la loi commerciale que pour les biens existants lors de ce traité ; c'est une erreur : la faillite ne cesse que par la réhabilitation, et le concordat ne saurait pas plus l'effacer pour l'avenir que pour le passé. Si, maintenant, on nous objectait que la masse n'a jamais eu de droits sur un bien acquis postérieurement à sa dissolution et que pour admettre dans cette hypothèse l'application des art. 557 et suiv. il convient de commencer par adopter l'opinion qui ne les restreint pas au seul intérêt de la masse, il nous serait facile de répondre que la masse subsiste virtuellement en la personne de chaque créancier, et que les effets de la déclaration de faillite doivent persister jusqu'à l'entière exécution du concordat.

Mais nous cesserons de soumettre la femme à la rigueur de la loi des faillites dès que les créanciers

concordataires n'auront plus d'intérêt à s'en prévaloir, c'est-à-dire dès que le failli aura payé intégralement les dividendes promis : c'est toujours la conséquence de notre principe : cette rigueur ne doit profiter qu'à la masse. Peu importe que l'état de faillite prenne fin seulement par la réhabilitation si l'intérêt des créanciers disparaît auparavant. Cependant des auteurs soutiennent que nos articles continueront à s'appliquer jusqu'à la réhabilitation : c'est vouloir en faire bénéficier le failli lui-même, car nul autre ne songera à les invoquer.

C'est par l'intérêt de la masse que nous avons expliqué les dispositions des art. 557 à 564, mais nous nous trouvons en face de la difficulté suivante : parmi les créanciers, il en est que leurs sûretés spéciales (cautionnement, hypothèque, etc.) placent en dehors de la faillite et qui ne font pas, à proprement parler, partie de la masse. Faut-il leur permettre d'invoquer les restrictions aux droits de la femme quand ils agissent dans un pur intérêt individuel et que la masse n'y a pas intérêt avec eux ? Voici un exemple : il se rattache à l'art. 563 dont il s'agit le plus souvent en pratique : un créancier à une hypothèque sur un des immeubles que cet article exonère de l'hypothèque légale de la femme : la femme se présente en concours avec lui et réclame la collocation avantageuse à laquelle son rang lui donne droit ; les créanciers chirographaires de la faillite n'ont pas d'intérêt à l'application de l'art.

563 : « le prix de l'immeuble sera attribué à la femme ou aux créanciers hypothécaires qui la suivent, et la masse, privée, dans tous les cas, du prix qui lui échappe restera simplement exposée à subir le concours chirographaire de celui des créanciers qui n'aura pas été désintéressé hypothécairement (Labbé. Note, Sirey 66, 2, 345). » Quelle solution devons-nous accepter? Nous pensons que le créancier hypothécaire pourra invoquer la restriction de l'hypothèque légale de la femme et nous rattachons encore notre opinion sur ce point au motif de l'art. 563 et des dispositions voisines. Elles ont pour but de protéger les créanciers du mari contre les collusions des époux, de faire figurer dans l'actif tous les biens appartenant réellement au failli, et de rejeter du passif toute réclamation insuffisamment justifiée. Or le droit de préférence que s'est fait concéder le créancier hypothécaire ne le met pas à l'abri de ces fraudes; la femme peut se réclamer de son hypothèque légale à l'appui d'une créance fictive et rendre inefficace la sûreté de l'autre créancier. Ne mérite-t-il pas la même protection qu'un créancier chirographaire? Comme nous l'avons déjà dit, il ne pourra invoquer l'art. 563 et les autres que s'il y a faillite déclarée et constitution régulière des créanciers en une masse, mais, cette condition accomplie, il faut lui reconnaître, en sa qualité de créancier, le droit de se prévaloir de la situation favorable accordée par la loi commerciale

à la collectivité des créanciers d'un failli. D'ailleurs, comme l'observent MM. Aubry et Rau, III, § 260, note 50 *ter*, « on ne voit pas comment, dans le cas où l'exercice de l'hypothèque légale préjudicierait à la masse chirographaire, un créancier hypothécaire pourrait, en se prévalant du droit de cette masse, réclamer une collocation à laquelle il n'aurait pas droit en son propre nom » ; il faudrait donc décider, pour sortir d'embarras, que les créanciers hypothécaires ne pourront en aucun cas invoquer les restrictions aux droits de la femme, mais leur condition, à ce point de vue, ne serait pas égale à celle des chirographaires : voilà des distinctions qu'on introduit dans la loi, et que ses termes généraux et absolus ne comportent pas (cf. Nîmes, 17 juillet 1867 ; D. 68, 5). Nous pensons être bien mieux dans son esprit en admettant les créanciers hypothécaires au bénéfice de ces dispositions. Il suffit pour rester en harmonie avec notre principe de ne pas entendre dans un sens trop restrictif cette expression la « masse » des créanciers. Dans un sens large elle ne comprend pas seulement ceux qui voient leur créance se convertir en un dividende, mais tous les créanciers qui peuvent prétendre droit dans l'actif de la faillite à un titre quelconque.

Toutes les fois que l'on se trouve en dehors des conditions d'application des art. 557 à 564 C. com. telles que nous venons de les déterminer, la femme du commerçant est dans la même situation que celle

du non commerçant : le droit commun reprend son empire. Les créanciers ne seront pas désarmés contre la fraude, ils ont toujours à leur service l'action paulienne, mais c'est une machine lourde à mettre en mouvement, et qui donne rarement de bons résultats pratiques. Nous allons examiner en détail les dispositions de la loi commerciale qui forment un système mieux combiné et plus efficace.

SECTION 3^e. — EXAMEN DÉTAILLÉ DES ART. 557

A 564

§ 1^{er}. — *La femme peut exercer des droits dans la faillite sans que le régime matrimonial soit dissous.*

Ces articles réglementent l'exercice des droits de la femme dans la faillite du mari. Une question préliminaire se pose : est-il nécessaire, pour que la femme soit admise à exercer des droits dans la faillite, que le régime matrimonial auquel elle est soumise soit dissous? Et les questions que nous allons parcourir ne s'agitent-elles que dans l'hypothèse d'une faillite après décès, ou quand la femme a demandé et obtenu sa séparation de biens?

La loi ne fait aucune allusion à la nécessité pour la femme de demander la séparation de biens, et la réponse est en effet qu'elle n'a pas besoin de la faire prononcer pour se présenter à la faillite (1).

(1) La preuve en est dans l'art. 1446 C. civ., tel que nous

Cependant la situation varie suivant que le régime matrimonial est ou non dissous :

Dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu à une liquidation de reprises proprement dite.

Mais l'absence de liquidation ne fait pas obstacle à ce que la femme réclame, à titre de créancière hypothécaire, une collocation sur le prix des immeubles du failli : collocation actuelle pour les créances qui ne dépendent plus d'aucune condition (répétitions dotales, prix de propres aliénés, indemnités pour dettes contractées avec le mari, et déjà acquittées par elle) ; collocation provisoire pour les créances qui restent subordonnées à une condition quelconque (gains de survie, fautes du mari dans l'administration des biens propres de la femme).

D'autre part, la femme a-t-elle des biens propres qui aient été compris dans la masse frappée de desaisissement ? Elle en obtiendra la distraction, comme tout propriétaire, à la seule condition d'établir son droit de propriété sur les objets revendiqués.

Mais, dans cette même hypothèse, si la femme se prétend créancière de reprises ou d'indemnités, les créanciers de la faillite sont fondés à exiger que

l'interpréterons plus loin (p. 113); les créanciers de la femme ne peuvent pas faire prononcer la séparation de biens, et cependant ils sont fondés à exercer les droits de leur débitrice dans la faillite ou la déconfiture du mari, quand celle-ci reste inactive (cf. M. Boistel, *Précis*, p. 779, n° 1012 et note).

la compensation en soit faite, à due concurrence, avec les récompenses que la femme elle-même peut devoir à la communauté ou au mari (par exemple, pour amélioration de biens dotaux) (1). Et s'il advenait que la femme restât débitrice, les créanciers auraient le droit de saisir entre ses mains le reliquat parce qu'il fait partie de leur gage ; on objecterait en vain que l'exigibilité de cette sorte de créance est subordonnée à la dissolution préalable du régime matrimonial : cela n'est vrai que dans les rapports des époux entre eux, et en ce sens que la femme ne peut réclamer du mari la restitution des capitaux dotaux, pour en avoir la libre disposition, tant que le régime matrimonial n'est pas dissous ; mais cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit dès maintenant créancière ou débitrice pour cause de reprises ou d'indemnités. Le tribunal d'Agen a cependant décidé qu'il y avait lieu de surseoir à statuer jusqu'à la dissolution de la société d'acquêts sur la validité d'une saisie pratiquée par les créanciers du mari en faillite aux mains de sa femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, et débitrice de récompenses pour amélioration de ses biens dotaux, alors que la femme s'était refusée à demander la séparation de biens (Agen, 11 juillet 1862, *Journ. trib. com.*, XII, n° 4334).

(1) L'art. 446 C. com. ne s'oppose pas à la compensation entre les reprises de la femme et les récompenses dues par elle (Amiens, 16 mai 1877, *Journ. trib. com.*, n° 9123, t. 26).

En résumé, la question de savoir s'il y a ou non séparation de biens n'a d'intérêt que pour déterminer les droits ultérieurs de la femme sur le montant des collocations faites à son profit, ou sur les biens par elle revendiqués (1) :

1° Si elle n'a pas obtenu la séparation de biens, elle ne pourra toucher le montant de sa collocation qu'après la dissolution du mariage (Aubry et Rau, III, § 295, p. 546); et de même le mari conservera l'administration des biens propres de la femme, si le régime matrimonial la lui a confiée. Ce n'est pas à dire que le syndic pourra s'ingérer dans cette administration, car il s'agit de biens qui doivent échapper au dessaisissement. Les créanciers ne pourront pas prétendre non plus à l'intégralité des revenus encaissés par le mari sur les biens de sa femme; ces revenus ont une destination spéciale, les charges du ménage, et c'est seulement l'excédent qui est disponible aux mains du mari.

2° Si, au contraire, la femme demande et obtient la séparation de biens, comme cela arrive le plus souvent, elle reprend la libre administration de sa fortune personnelle, et les art. 1449 et suiv. C. civ. lui sont applicables : elle peut toucher immédiatement elle-même le montant de ses collocations.

Quand le jugement déclaratif de faillite a précédé

(1) Nous examinerons plus loin le cas où la femme reste complètement inactive, et nous dirons quels droits ont alors ses créanciers, en vertu de l'art. 1446 C. civ.

le jugement de séparation de biens, la femme doit liquider ses reprises contradictoirement avec le syndic et le mari : le syndic agit à un double titre : 1^o comme défendeur à l'action intentée contre le failli dessaisi (art. 443 C. com.), 2^o et comme représentant la masse des créanciers, dont l'intérêt est de critiquer l'existence ou le montant des créances réclamées par la femme. Le mari est appelé parce qu'il est, mieux que personne, en mesure d'apprécier la justesse des prétentions de la femme, de les combattre, de fournir tous renseignements nécessaires, et de défendre sa gestion si la femme réclame indemnité pour détériorations de ses biens propres ou fautes commises dans leur administration ; mais, en vertu de l'art. 443 C. com., le mari n'aurait pas qualité pour agir seul. Une liquidation de reprises, dressée dans ces conditions et approuvée de toutes les parties, est dispensée de l'homologation de justice.

Mais si la liquidation de reprises avait été faite avant la faillite, par conséquent entre la femme et le mari seulement, le syndic ne pourrait-il pas refuser d'en tenir compte ? Il est aisé d'apercevoir que l'acte peut être un pacte de fraude, à la veille du désastre, s'il a été rédigé amiablement entre les parties ; aussi est-ce avec raison qu'il a été jugé, dans notre hypothèse, que la femme ne pouvait être admise au passif de la faillite de son mari pour le montant de ses reprises, lorsque le syndic en con-

testait le chiffre, qu'autant que l'état liquidatif notarié, antérieur à la faillite, avait été homologué par le tribunal compétent (Co., Seine. 14 sept. 1882; *Journ. trib. com.*, n° 10219).

Un projet de loi présenté à la Chambre des députés par M. Parent le 7 mai 1878, mais repoussé à la séance du 11 juin 1879, avait pour objet de faire admettre que la faillite entraînerait de plein droit séparation de biens, à moins que la femme ne déclarât s'opposer à ce résultat, et tous droits réservés au profit des créanciers, conformément à l'art. 1446 C. civ. La femme devait faire cette déclaration au juge-commissaire de la faillite, auquel, au cours de la discussion, on substitua le président du tribunal : ce magistrat devait donner acte à la femme de sa déclaration par une ordonnance, et commettre un notaire pour liquider les reprises. Ce projet, qui eût évité les frais de l'instance en séparation de biens, fut repoussé sous le prétexte qu'il favorisait un concert frauduleux entre époux pour aboutir à la séparation de biens par le moyen d'une faillite. La crainte d'une telle fraude était bien chimérique ; d'ailleurs les créanciers n'eussent-ils pas conservé le droit de se pourvoir contre le parti pris par la femme ? (Cf. Testaud, *Rev. crit.*, 1879, p. 664).

Si la femme veut obtenir sa séparation de biens, elle doit donc encore, dans notre législation actuelle, introduire une instance à cette fin ; mais deux différences sont à noter suivant que le mari est en fail-

lite ou en déconfiture; elles tiennent à l'absence d'une organisation de la déconfiture civile :

1° C'est contre le mari seul que la femme du non commerçant forme sa demande en séparation de biens. Il y a controverse au contraire sur le point de savoir contre qui la femme d'un failli doit agir dans la même circonstance. On répond, dans un premier système : contre le failli seul, car, dit-on, la demande en séparation de biens doit être rapprochée de la demande en séparation de corps ou en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Mais cette opinion est généralement repoussée : la séparation de biens touche bien moins à la personne qu'au patrimoine. D'autres disent : contre le mari et le syndic, tous deux simultanément, à peine de nullité (1) : mais aucun texte ne fait allusion à une action qui devrait être intentée à la fois contre le syndic et contre le mari : c'est une idée étrangère à la loi. Aussi faut-il dire, dans une troisième opinion, que nous adoptons et que la jurisprudence a consacrée à plusieurs reprises (Paris, 13 mai 1879; *Journ. Pal.*, 79, p. 104), que la femme d'un failli doit intenter sa demande en séparation de biens contre le syndic seul, représentant la masse à laquelle l'action de la femme va porter préjudice, et sauf à mettre le mari en cause, non seulement à raison des conséquences accessoires que la sépara-

(1) Massé, II, 1331.

tion de biens prononcée produira contre lui (privation de l'administration des propres de la femme, augmentation de la capacité civile de cette dernière; dissolution du régime antérieur, etc.), mais aussi pour qu'il puisse discuter, avec la femme, le bien-fondé de la demande en séparation; insistons quelque peu sur cette dernière idée :

La loi indique comme cause de la séparation de biens le péril de la dot. Mais encore faut-il qu'il soit le résultat du désordre actuel des affaires du mari. Il n'en serait pas ainsi dans les hypothèses suivantes :

a). Les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale; au jour du mariage la femme apporte à la communauté une certaine somme qui constitue sa fortune mobilière; le mari n'a pas de fortune mobilière, ou même il n'a aucune fortune : immédiatement une partie de la dot de la femme se trouve irrémédiablement compromise, en ce sens que si la communauté prenait fin, elle ne retrouverait pas, sous forme de part dans la masse indivise, l'équivalent de sa fortune antérieure au mariage. Y aura-t-il là une cause de séparation de biens? Le doute est possible parce que la perte d'une partie de la dot n'est pas le résultat du désordre des affaires du mari, mais bien du régime adopté par la femme;

b). La femme demande la séparation de biens par le motif que la fortune du mari est insuffisante pour

garantir pleinement la restitution de sa dot, mais cette insuffisance existait déjà lors du mariage. Doit-elle être écoutée? Non, puisque c'est une situation qu'elle a volontairement acceptée;

c). Enfin, il peut se faire que le désordre des affaires du mari soit le résultat de pertes qu'il ne pouvait même pas prévoir (il comptait, pour des échéances, sur des rentrées qui ont fait défaut; des marchandises, voyageant à ses risques, se sont perdues en mer, etc.);

d). Ou bien les droits de la femme sont suffisamment garantis par une hypothèque conventionnelle sur les biens du père de son mari.

Dans ces divers cas, c'est au mari, appelé à l'instance, qu'il appartient de faire échec à la demande de la femme, et c'est surtout en vue de ce rôle qu'il convient de le mettre en cause.

2° Une seconde différence existe entre la déconfiture et la faillite quant au règlement des dépens de l'instance en séparation de biens : si la femme obtient la séparation, elle en devient créancière de son mari. Or, dans la déconfiture, malgré le bénéfice de son hypothèque et même de l'hypothèque judiciaire résultant du jugement de condamnation, comme le veulent quelques auteurs, la femme pourra n'obtenir, si elle ne vient pas en rang utile, qu'un remboursement partiel de ses avances; elle n'a pas de privilège. Dans la faillite, au contraire, il a été jugé (Paris, 13 mai 1879, précité) que ces

dépens devaient être employés en frais de syndicat, et échapper à la loi du dividende. Les déboursés faits par la femme lui sont donc remboursés en totalité.

On objecte que la femme n'est pas créancière de la masse, parce que le syndic, en répondant à sa demande, n'a pas représenté les créanciers, mais le failli. Cet argument est erroné. La masse a intérêt, ne fût-ce que pour éviter des complications, à ce que la séparation de biens ne soit pas prononcée (Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1881, p. 287) : « Le syndic la représente aussi bien que le failli et il est juste que s'il succombe, la masse en subisse les conséquences en payant les dépens ». Cette solution est reçue par la jurisprudence, même si le syndic a déclaré s'en rapporter à la justice et ne pas contredire les prétentions de la femme ; la condamnation aux dépens n'est plus, en effet, dans notre droit, la peine des plaideurs téméraires. Par ce moyen, la créance de la femme pour dépens de l'instance en séparation de biens postérieure au jugement déclaratif de faillite est payée par prélèvement, c'est-à-dire par privilège.

§ 2. — *Droits de la femme. — Restrictions.*

Voyons maintenant quels sont les droits de la femme dans la faillite du mari et les restrictions auxquelles elle est soumise.

Cette étude sera divisée en deux parties : la première traitera de l'hypothèse où la femme exerce une revendication, et la deuxième de celle où elle se porte créancière.

PREMIÈRE DIVISION

LA FEMME AGIT COMME PROPRIÉTAIRE

I. — *Biens donnés par le mari. — Avantages matrimoniaux.*

L'application de l'art. 564 C. com. fournit à la femme une première cause de revendication.

Cet article dispose que la femme est privée de toute action personnelle ou réelle dans la faillite, pour raison d'avantages matrimoniaux lui provenant du mari, quand celui-ci était commerçant lors du mariage ou quand, n'ayant pas à cette époque de profession déterminée, il est devenu commerçant moins d'un an après la célébration du mariage. C'est une déchéance que la loi prononce contre la femme, mais à charge de réciprocité : la femme peut reprendre les biens qu'elle avait donnés à son mari par contrat de mariage.

Massé (*Droit com. dans ses rapports avec le droit civil*, II, p. 493) reproche à la disposition de l'art. 564 d'être injuste et inutile : « Ou le mari, dit-il, était dans un état prospère, et alors il y a injustice à priver la femme des avantages faits et reçus de

bonne foi; ou les affaires du mari étaient déjà en mauvais état, et alors les créanciers étaient suffisamment protégés par les règles du droit commun qui leur permettait de faire annuler des libéralités faites en fraude de leurs droits ». La loi a tenu compte de ces sentiments, puisqu'elle n'applique la déchéance qu'à la femme qui a pu s'attendre à en être frappée, c'est-à-dire quand le mari était commerçant lors du mariage ou quand, n'ayant pas alors de profession déterminée, il l'est devenu dans l'année du mariage. Mais quand on envisage la situation que le législateur avait à régler, l'art. 564 paraît justifié par les plus fortes considérations. Que se passe-t-il en effet? C'est la femme qui réclame le bénéfice d'une donation, qui sollicite un gain lorsque, à ses côtés, elle voit perdre des créanciers. Sa convoitise est peu digne de faveur, et la loi est-elle bien coupable de lui imposer un sacrifice que devrait lui commander sa conscience?

L'art. 564 est muet sur les donations que le mari aurait faites à sa femme pendant le mariage. Cependant, il est généralement admis que leur annulation doit être prononcée *a fortiori*. Bien mieux que le contrat de mariage, ces donations deviennent des instruments de fraude parce qu'elles datent d'une époque voisine de la faillite où les combinaisons frauduleuses des époux sont beaucoup plus à craindre qu'au jour de leur mariage. De plus, les donations contemporaines du mariage sont essen-

tiellement révocables et, pour cette cause, ne font pas acquérir au donataire une propriété aussi stable que celles comprises dans le contrat de mariage (Req., 2 mars 84 ; S., 145 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 3057).

Ce n'est pas le texte de l'art. 564 que nous songeons à invoquer pour proclamer la nullité de plein droit des donations faites pendant le mariage, mais son esprit, et l'ensemble des dispositions concernant la femme du failli. Aussi serions-nous partisan de l'opinion de M. Demangeat (sur Bravard, t. V, p. 571, note), qui se prononce pour la nullité, sans qu'il y ait à rechercher si le mari était déjà commerçant lors de la donation ou s'il l'est devenu dans l'année. Nous serions même tenté de dire qu'il n'est pas possible d'annuler *de plein droit*, au profit de la femme, les donations qu'elle a faites à son mari pendant le mariage toutes les fois que la réciprocité ne sera pas établie. En fait, la solution offre peu d'intérêt, la femme restant toujours maîtresse de révoquer de son plein gré les donations qu'elle aurait pu faire à son mari.

La femme d'un non-commerçant ne subit jamais des déchéances semblables à celles que nous venons d'indiquer, et les biens qu'elle tient des libéralités de son mari ne lui sont enlevés, pour être abandonnés aux créanciers, que dans le cas de fraude prouvée. Le principe *nemo liberalis nisi liberatus* n'a pas d'application dans les liquidations ci-

viles, mais en fait, la différence est moins importante qu'il ne paraît : les avantages matrimoniaux consistent, en effet, le plus souvent, dans des donations des biens à venir en propriété ou en jouissance ; or, ces donations ne s'acquittent que sur l'actif net et elles perdent toute valeur en cas d'insolvabilité du donateur (cf. M. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, II, p. 151).

Il est même à remarquer que la loi civile est, sous un certain aspect, plus rigoureuse que la loi des faillites : l'art. 564, en excluant « toute action fondée sur les avantages matrimoniaux », atteint les institutions contractuelles faites par le mari au profit de la femme : en quoi il consacre une application des principes généraux ; mais le préjudice que peut éprouver la femme du failli est tempéré par la résolution que le même article prononce à son profit des avantages par elle faits à son mari ; la femme du non commerçant ne peut pas espérer une compensation analogue.

Indépendamment des biens qu'elle avait donnés à son mari et que la loi lui restitue, la femme d'un failli peut revendiquer des biens dont elle a toujours conservé la propriété : biens acquis à titre onéreux pendant le mariage ; — biens advenus d'autres sources : tels que ceux possédés lors du mariage, ou advenus pendant le mariage à titre gratuit.

II. — *Biens acquis à titre gratuit d'un autre que le mari ou possédés lors du mariage.*

Nous distinguerons, suivant que la demande en reprise a pour objet un immeuble ou un meuble :

Revendication d'un immeuble. — Dans ce premier cas, la question de preuve est loin d'offrir les mêmes difficultés que dans le second.

Sous l'influence de cette double idée : 1^o que les immeubles sont des biens dont il importe de conserver la propriété à celui des époux qui en apporte la jouissance au ménage ; 2^o et que les transmissions d'immeubles se font au grand jour et permettent un contrôle plus facile de leur origine, le législateur a laissé les reprises immobilières sous l'empire du droit commun, dans la faillite comme dans la déconfiture.

La présomption de l'art. 1402 C. civ., qui est moins une règle spéciale que l'expression d'un principe général applicable à tous les régimes matrimoniaux, met à la charge de la femme la preuve de son droit de propriété. Quels moyens emploiera-t-elle pour justifier ce droit ? La loi ne le dit pas ; mais ordinairement, la propriété se prouve par titres. Ces titres ne feront pas défaut à la femme : elle aura recours aux mentions faites dans le contrat de mariage, aux actes de donation et de partage, aux papiers de famille. S'il s'agit d'immeubles

dont la femme prétend avoir eu la possession légale antérieurement au mariage, elle pourra établir par témoins l'exactitude de ses prétentions, la preuve se réduisant alors à démontrer l'existence de simples faits. Ces moyens de preuve ont la même efficacité, à l'encontre de la masse des créanciers du mari en faillite qu'à l'égard d'un créancier du mari en déconfiture qui voudrait frapper de saisie l'immeuble de la femme. L'art. 557 C. com. non seulement n'exige pas une preuve authentique, mais ne fait pas même allusion à la nécessité d'une preuve spéciale.

Revendication d'un meuble. — L'art. 560, qui règle cette hypothèse, n'accorde confiance à la femme que si elle prouve, par inventaire notarié ou par tout autre acte authentique, l'identité des effets mobiliers qu'elle réclame avec ceux apportés par elle en mariage ou recueillis par succession ou donation au cours du mariage.

La nature instable des meubles et leur transmission occulte auraient permis trop facilement à la femme de divertir, de concert avec le mari, une partie du gage des créanciers, ou de substituer des objets précieux à des meubles sans valeur.

A vrai dire, ce n'est pas de l'inventaire authentique seulement que résultera la preuve du droit de propriété de la femme sur tels effets mobiliers qu'elle désignera; mais aussi de la concordance entre la description de l'inventaire et les objets

revendiqués ; mais cette deuxième condition est tellement évidente que la loi la passe sous silence.

En exigeant un acte authentique, la loi suppose qu'il contient une description assez minutieuse des meubles advenus à la femme pour qu'il soit possible de les reconnaître plus tard : de là suit qu'un contrat de mariage, par exemple, constituerait pour la femme un titre sans valeur, pour autoriser une reprise en nature, s'il se bornait à une simple énumération des apports qui ne permet pas de constater leur identité. Ainsi jugé par Douai, 28 avril 1890, D. 91, 2, 334 (1).

Mais, d'autre part, il importerait peu que l'inventaire n'eût pas été dressé en vue de constater authentiquement les reprises de la femme si, en définitive, il offrait ce résultat : ainsi pour le mobilier recueilli par succession, on pourrait avoir égard à un inventaire qui n'aurait pas été fait après le décès du *de cujus*, si l'importance de la suc-

(1) Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a décidé, le 9 décembre 1896 (*Gazette des tribun.* du 12 février 1897), qu'un contrat de mariage ne contenant pas inventaire du mobilier apporté par la femme mariée sous le régime de la séparation de biens ne pouvait servir de titre à celle-ci pour revendiquer le mobilier saisi par les créanciers du mari dans l'appartement commun loué au nom de la femme, bien qu'il fût stipulé dans le contrat de mariage que les meubles meublants et objets mobiliers garnissant les lieux habités en commun par les futurs époux seraient réputés la propriété de la future épouse.

cession ressortait d'actes authentiques antérieurs à ce décès, et si les juges du fait étaient à même de déclarer que les meubles recueillis par la femme n'étaient pas autres que ceux qui figurent dans ces actes (Cass. civ. et rejet, 22 nov. 86; D. 87, 1, 113).

L'art. 560, vu ses termes absolus, s'applique même aux effets mobiliers qui portent en eux-mêmes la preuve de leur identité et de leur origine, notamment aux créances nominatives. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, dans un arrêt fort important du 22 novembre 1886; D. 87, 1, 113. Une femme ne pourrait donc pas reprendre en nature une inscription de rente qui lui appartenait au jour du mariage et n'a pas cessé de lui appartenir, si elle ne formait pas un article de ses apports décrits au contrat de mariage. Cependant, il n'est guère à craindre que cette revendication ne déguise une fraude dirigée contre les créanciers, puisque le certificat même porte la date de son émission inscrite sans la participation de la femme ou du mari.

On pourrait même soutenir qu'un certificat d'inscription de rente sur l'État offre quelque caractère d'authenticité, et que c'est appliquer littéralement l'art. 560 que d'en exiger seulement la représentation.

L'acte authentique, en effet, est l'acte rédigé par l'officier public compétent, avec les formalités requises; — les extraits d'inscription au grand-livre de la Dette publique ne sont-ils pas délivrés, et l'inscription même du titulaire n'est-elle pas faite

par les soins de fonctionnaires qui ont seuls qualité pour engager le Trésor public par leur signature? en d'autres termes, qui exercent une fonction publique et ont, dans leurs attributions, une compétence exclusive? Enfin, il y a lieu à l'observation de formalités spéciales pour la confection de titres opposables au Trésor.

On pourrait donc décider, sans faire violence au texte, que la femme du failli est autorisée à reprendre des inscriptions immatriculées à son nom, sans avoir à produire un inventaire dans lequel elles soient mentionnées.

Il faut observer que, en tous cas, ce caractère d'authenticité que nous reconnaissons aux titres de rente ne devrait pas être étendu, par voie d'analogie, aux actions ou obligations des compagnies financières, industrielles ou commerciales, parce que les certificats n'en sont pas délivrés par des fonctionnaires publics;

La doctrine de la cour de cassation, sur l'interprétation de l'art. 560, n'est pas, du reste, universellement admise. La Cour de Paris a décidé (28 février 1880, *Journ. trib. com.*, t. 29, n° 9701) que pour les meubles incorporels, la femme n'est assujettie à aucun mode de preuve particulier et peut recourir à tous ceux du droit commun.

Malgré la généralité de l'art. 560, il ne paraît cependant pas applicable au cas où la femme allègue un don manuel de choses non fongibles. La preuve

testimoniale qui suffit à démontrer l'existence du don manuel doit suffire aussi à en démontrer la composition; on ne peut raisonnablement exiger de la femme le titre notarié, s'il n'a pas été en son pouvoir de se le procurer (Req. 28 nov. 1886; S. 87, 1, 100; Douai, 11 avril 1884; S. 156; Bressolles, p. 88).

En définitive, c'est une présomption de fraude que la loi élève contre la femme qui ne peut représenter un inventaire ou un état authentique à l'appui de sa demande en distraction. Elle est censée vouloir dérober aux créanciers de son mari des biens qui sont la propriété de ce dernier. Aussi ces biens, revendus sans preuves suffisantes, deviennent le gage des créanciers, sauf au syndic, dit la loi, à remettre à la femme les linges et hardes à son usage, avec l'autorisation du juge-commissaire : pensée d'humanité qui tempère cette règle rigoureuse. Cette présomption, qui risque souvent d'être contraire à la vérité, est cependant absolue, et la reprise en nature devient impossible à la femme dépourvue d'une preuve authentique.

Est-ce à dire que la femme ne puisse pas se porter créancière de la valeur des effets mobiliers que l'insuffisance de ses moyens de preuve ne lui permet pas de reprendre en nature? La question sera examinée plus loin.

Demandons-nous pour l'instant si l'art. 560 C. com. impose à la femme d'un failli des conditions

de preuve plus rigoureuses pour ses reprises mobilières en nature, qu'à la femme d'un non-commerçant, ou d'un commerçant non failli?

La question de savoir quels modes de preuve la loi civile exige à l'appui d'une demande en distraction élevée par la femme au cours d'une saisie pratiquée par un créancier du mari n'est pas unanimement résolue par les auteurs et la jurisprudence. Sans exposer cette controverse dans tous ses détails, nous indiquerons : l'opinion de la cour suprême, acceptée avec quelques modifications par de nombreux auteurs, et une opinion dissidente, de date récente, qui recueille chaque jour de nouveaux suffrages dans la doctrine et devant les tribunaux. Nous fixerons ensuite notre choix afin d'apprécier si l'art. 560 déroge au droit commun, et dans quelle mesure :

La difficulté vient du rapprochement des art. 1499 et 1504 C. civ. Le premier de ces textes dispose : « Si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis n'est pas constaté par un inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Il formule une présomption, mais faut-il la considérer comme invincible? Ou bien sera-t-il permis à l'époux intéressé d'établir son droit de propriété par d'autres moyens que l'inventaire ou l'état en bonne forme?

Le doute s'accroît à la lecture du second des textes cités plus haut : il s'agit ici du mobilier futur. L'art. 1499 avait trait au mobilier présent et au mobilier futur. L'art. 1504 dispose : « Le mobilier

qui échoit à chacun des époux pendant le mariage doit être constaté par inventaire ; si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée de la valeur de ce mobilier ». Est-ce qu'à défaut d'inventaire, la femme (sinon le mari) pourra user de tous les moyens de preuve, même de la commune renommée, pour établir la consistance de son mobilier ? Cette liberté de preuve doit-elle se limiter au mobilier futur dont il est seul question dans l'art. 1504, ou faut-il l'étendre au mobilier présent ? La preuve enfin est-elle plus rigoureuse à l'égard des créanciers qu'à l'égard du mari ?

Voici d'abord la réponse de la Cour suprême :

Si elle est en conflit avec son mari, la femme peut user de tous moyens de preuves même de la commune renommée, qu'il s'agisse d'établir l'importance de son mobilier présent ou l'importance de son mobilier futur ; si elle est en conflit avec les créanciers du mari, la femme doit représenter un inventaire ou un état authentique pour justifier son droit à reprise. Entre les époux, les juges du fait apprécient souverainement si les apports doivent être considérés comme suffisamment justifiés selon le vœu de la loi (Req., 3 août 1831 ; D. 31, 4, 285) ; vis-à-vis des créanciers l'indépendance d'appréciation des juges disparaît : leur rôle se borne à exami-

ner si les apports réclamés sont détaillés dans un acte authentique.

Il importe peu dans les deux cas que la femme (1) se présente comme propriétaire ou comme créancière : les mêmes règles sont applicables aux deux hypothèses. Les cours d'appel cependant inclinent visiblement à revenir aux règles du droit commun des preuves lorsque la femme demande simplement à exercer une reprise en valeur (Dijon, 4 fév. 1884 ; D. 84, 2, 29).

Le principe de la distinction que fait la jurisprudence suivant què le débat s'élève entre les époux (ou leurs héritiers), ou bien entre l'un des époux et les tiers, elle croit le trouver dans l'art. 1510 C. civ. aux termes duquel, « à défaut d'inventaire ou d'état authentique les créanciers d'époux séparés de dettes, mariés sous le régime de la communauté, peuvent poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées », d'où la jurisprudence conclut que la seule preuve opposable aux créanciers est un inventaire ou un état authentique.

Il résulte de ce système que la femme du failli qui veut distraire en nature de la masse frappée de

(1) Nous n'avons à considérer ici que l'hypothèse d'une réclamation exercée par la femme, la véritable hypothèse pratique, au surplus.

dessaisissement des effets mobiliers dont elle est restée propriétaire *in specie* (c'est la seule hypothèse que nous envisagions pour l'instant) n'est pas traitée plus rigoureusement que la femme d'un non-commerçant en face des créanciers de son mari.

Nous présenterons deux remarques à propos du système de la jurisprudence :

1° L'art. 1510, dans l'interprétation qu'elle en donne, ne peut justifier la distinction qu'elle fait selon que le débat sur la preuve s'élève entre les époux ou entre l'un d'eux et les créanciers de l'autre. Cet article règle à quelles conditions les créanciers d'un époux devront respecter la clause de séparation de dettes qu'il a stipulée dans son contrat de mariage : ils auront le droit de poursuivre l'ensemble des biens communs si leur débiteur n'est pas en mesure de leur représenter l'inventaire authentique des biens tombés de son chef dans la communauté : c'est là tout ce que signifie l'art. 1510, au dire des tribunaux. L'inventaire qu'il exige est l'inventaire des biens de l'époux débiteur, c'est-à-dire de la fraction du patrimoine commun qu'il convient d'abandonner à ses créanciers. Au contraire, quand la femme exerce une reprise en nature, il s'agit pour elle de soustraire sa fortune propre aux créanciers du mari, dont, personnellement, elle n'est pas la débitrice. Pour argumenter de l'art. 1510, il faudrait d'abord reconnaître qu'il règle cette dernière hypothèse ; mais les arrêts ne préci-

sent pas ce point. Pour notre part, nous estimons que l'art. 1510 doit intervenir dans le débat : à notre avis l'obligation de la communauté s'explique par la confusion qui existe, en l'absence d'inventaire, entre les biens apportés par le conjoint débiteur et les biens apportés par l'autre. Aussi, toutes les fois que cette confusion sera rendue impossible, les créanciers (1) perdront le droit de poursuivre la communauté tout entière. Ils devront respecter parmi les biens communs ceux qu'on leur justifie n'être pas provenus du chef de leur débiteur, et c'est un inventaire authentique que l'art. 1510 exige comme mode de justification. Dès lors, si la femme a la constatation authentique de ses apports mobiliers, elle peut les soustraire aux créanciers (antérieurs au mariage) du mari séparé de dettes. Grâce à cette interprétation, nous trouvons dans l'art. 1510 la réglementation d'une hypothèse voisine de celle d'une reprise en nature prétendue par la femme à l'encontre des créanciers du mari. On comprend aussi, avec cette interprétation, un rapprochement des deux art. 1499 et 1510.

2° Cependant l'opinion de la jurisprudence, rectifiée comme nous venons de le dire, ne nous paraît pas à l'abri de toute critique : elle impose à la femme, qui veut démontrer la consistance de ses apports, la représentation d'un acte authentique,

(1) Au moins s'il s'agit de créanciers de la femme.

tandis que l'art. 1499 ne parle que d'un « inventaire ou état en bonne forme » ; un inventaire commercial, un acte de partage sous seings privés, même enregistré, seraient insuffisants, affirment les tribunaux, qui continuent à tirer argument, pour ce point secondaire, de l'art. 1510. Cependant il est à remarquer que cet article, même dans l'interprétation que nous venons d'en donner, ne prévoit pas l'hypothèse où la femme cherche à soustraire aux poursuites des créanciers du mari des biens dont elle n'a jamais perdu la propriété, mais seulement des biens tombés de son chef dans la communauté, provenant originairement de sa fortune, sans doute, mais qu'elle avait rendus communs. C'est là une nuance qui paraît bien justifier une différence de législation : les biens communs n'ont pas la même destination que la fortune exclusivement personnelle des époux ; ils sont affectés aux charges communes, et répondent des obligations personnelles du mari ; pour les enlever à cette affectation on comprend que la loi exige une constatation d'origine plus rigoureuse que s'il s'agissait pour la femme de soustraire à la saisie pratiquée par les créanciers du mari des biens dont elle s'est réservé, sinon la jouissance, au moins la nue propriété. De ce qu'il faudrait un inventaire authentique dans le premier cas, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que l'authenticité de l'inventaire fût exigée dans le second. Il nous semble donc que la femme d'un

non-commerçant produirait un titre suffisant en représentant aux créanciers du mari un inventaire ou état en bonne forme, c'est-à-dire « dressé dans les formes ordinairement réglées pour la constatation des actes juridiques » (cf. M. Boistel, à son cours). Ainsi nous relevons une différence entre elle et la femme du failli, à laquelle l'art. 560 C. com. impose obligatoirement l'inventaire authentique (1).

Une seconde opinion construit autrement le système de la loi civile sur la nature des preuves à exiger d'une femme pour ses reprises :

Quand le débat s'élève entre les époux seulement, *inter partes*, il y a lieu de faire la distinction suivante : la femme prétend-elle à la reprise d'effets mobiliers qui lui appartenaient antérieurement au mariage ? Elle doit produire un inventaire ou état en bonne forme relatant la consistance du mobilier ; elle n'est pas traitée différemment du mari, et c'est justice : avant le mariage, en effet, chacun des époux était libre de s'assurer une preuve sérieuse et est respon-

(1) On a tiré argument de l'art. 560 C. com. pour prouver que le législateur a bien entendu exiger un inventaire authentique du mobilier que la femme du non-commerçant veut reprendre en nature à l'encontre des créanciers du mari. Cet argument ne nous touche pas. Il est facile de répondre que la loi commerciale contient sur la preuve des reprises de la femme un système complet, se suffisant à lui-même et indépendant des règles du Code civ. ; qu'au surplus il est dans l'esprit de la loi commerciale de se montrer, sur ce sujet, plus rigoureuse que le Code civil.

sable de sa négligence. La femme prétend-elle au contraire reprendre des meubles et effets mobiliers qui lui sont échus depuis le mariage? L'hypothèse est réglée par l'art. 1504 C. civ. La femme peut user même de la preuve par commune renommée parce qu'il appartenait à son mari de faire dresser un inventaire de ce mobilier : c'était l'un de ses devoirs d'administrateur ; s'il ne l'accomplit pas exactement il sera puni par la facilité de preuve accordée à la femme ; quant au mobilier qu'il aurait recueilli lui-même depuis le mariage, il ne sera fondé à en exercer la reprise, en nature ou en valeur, que s'il justifie par titre de sa consistance.

Le débat s'élève-t-il au contraire entre les époux, d'une part, et les créanciers de la communauté, de l'autre? Il n'y a jamais lieu qu'à l'application rigoureuse de l'art. 1499. La facilité de preuve accordée à la femme par l'art. 1504 pour l'hypothèse précédente ne peut lui être maintenue, parce qu'elle porterait préjudice aux créanciers, qui ne sont pas responsables de la négligence du mari (1).

Cette explication des art. 1499-1504 du C. civ. est une variante de celle donnée par la jurisprudence.

Une autre opinion diffère profondément des deux précédentes. Elle a été développée par M. Bufnoir dans deux notes insérées au *Recueil de Sirey*, 85, 2,

(1) En ce sens, M. Boistel, à son cours.

25 et 89, 1, 465, et adoptée par M. Guillouard dans son commentaire du Code civil.

D'après ces auteurs, il importe de distinguer tout d'abord si c'est une reprise en nature que la femme exerce ou une reprise en valeur. L'art. 1499 s'applique à la première hypothèse, l'art. 1504 à la seconde. Prenons seulement, ici, l'art. 1499. La seule question dont il s'occupe est une question de propriété. La présomption qu'il exprime est le pendant de celle contenue en l'art. 1402 C. civ. pour les immeubles, et l'interprétation littérale du texte, qui semble restreindre la preuve de l'époux à une certaine forme est inadmissible; ainsi, la reprise des meubles incorporels doit échapper à la nécessité de la production d'un inventaire. La date d'une créance est, le plus souvent, suffisamment établie par le titre qui la constate; les valeurs de bourse nominatives portent la trace de leur origine, il est facile de savoir si l'époux en était propriétaire au jour du mariage, ou comment il en est devenu propriétaire.

La relation de ces valeurs mobilières dans un inventaire n'ajouterait rien à la preuve de leur identité et de leur nature de propres. Pour les meubles corporels, exigera-t-on toujours la représentation d'un inventaire ou d'un état en bonne forme? Le texte de l'art. 1499 n'impose pas l'affirmative, et n'exclut pas les autres preuves. Ce qui importe, c'est que l'époux demandeur apporte une

preuve sérieuse de son droit à la propriété des meubles qu'il réclame.

Cette preuve sera la même à l'égard des créanciers qu'à l'égard du mari : 1° il est incompréhensible que la preuve varie suivant la personne à qui on l'oppose ; 2° et l'art. 1510 C. civ. doit être écarté du débat. M. Bufnoir part de ce point de vue que la cause de l'obligation de la communauté n'est pas dans la confusion qui se produit entre le mobilier des deux époux, mais dans cette circonstance que les dettes antérieures au mariage du conjoint séparé de dettes deviennent à défaut d'inventaire dettes de la communauté et peuvent être poursuivies comme telles sur les biens communs, même sur ceux qui seraient prouvés aux créanciers ne pas provenir du gage de leur débiteur. La totalité de la dette tombe à la charge de la communauté, parce qu'elle n'est pas à même de limiter son obligation. Comme disent MM. Aubry et Rau (V, p. 489), les créanciers du conjoint séparé de dettes sont fondés à soutenir que le mobilier de leur débiteur avait une valeur suffisante pour les payer de leurs créances.

Telles sont les trois principales solutions données à cette question de la preuve des reprises matrimoniales de la femme d'un non commerçant.

Ces règles, énoncées pour le régime de la communauté, sont ordinairement considérées comme applicables au régime exclusif de communauté et au

régime dotal. Seul, le régime de séparation de biens paraît excepté.

A admettre la théorie de la jurisprudence ou la seconde opinion il faut ne voir dans l'art. 560 C. com. que l'application du droit commun. On pourrait seulement y trouver un supplément de rigueur pour la femme du failli, en ce qu'elle demeurerait toujours tenue d'apporter un inventaire ou état authentique, à l'appui de sa demande, tandis que la femme du non-commerçant serait admise à ne représenter qu'un inventaire ou état en bonne forme même non authentique.

Avec la théorie de M. Bufnoir, il faut considérer que la femme du failli est placée dans une situation bien plus rigoureuse que celle de droit commun.

Nous ne pouvons pas songer à discuter ici la valeur de ces différentes opinions sans sortir des limites de notre étude; mais il importait de rapprocher les règles du Code civil des dispositions de la loi commerciale, afin d'apprécier le caractère exact de ces dernières. Constatons que pour la majorité des auteurs et des arrêts l'art. 560 C. com., appliqué à la femme qui veut exercer des reprises en nature dans la faillite de son mari, ne formule pas une rigueur exceptionnelle; tout au plus peut-on dire qu'il déroge au droit commun en imposant l'authenticité du titre produit, et non pas seulement la régularité de ce titre, comme fait l'art. 1499 C. civ.

Nous ferons enfin observer que l'art. 560 C. com. est applicable quel que soit le régime matrimonial des époux, donc, même à la séparation de biens. Au contraire, il est généralement admis que les règles du droit commun en matière de preuves reprennent leur application, en droit civil, pour le régime, et qu'il n'y a pas lieu d'y étendre la théorie contenue dans les art. 1499, 1504 et 1510 C. civ. (Aubry et Rau, § 540, texte et note 18). Par suite, au moins sous le régime de la séparation de biens, la femme du failli serait placée dans une situation plus rigoureuse que la femme du non-commerçant.

III. — *Biens acquis à titre onéreux par la femme pendant le mariage.*

C'est dans l'art. 559 C. com. qu'est maintenant le siège de la matière : « Sous quelque régime
« qu'ait été formé le contrat de mariage... la pré-
« somption légale est que les biens acquis par la
« femme du failli appartiennent à son mari, ont été
« payés de ses deniers, et doivent être réunis à la
« masse de son actif, sauf à la femme à fournir la
« preuve du contraire. »

Il était à craindre que le mari ne fît sous le nom de sa femme des acquisitions payées des deniers de ses créanciers, et faites en réalité pour lui-même, sauf à rétablir la vérité des faits par une contre-lettre soigneusement dissimulée, ou bien que le

mari ne fournit gratuitement à la femme négociant l'opération pour son propre compte les deniers nécessaires au paiement, et la fit bénéficier par ce moyen des valeurs soustraites au gage des créanciers.

Ces biens, meubles et immeubles, acquis par elle à titre onéreux depuis le mariage, la femme ne pourra les prélever sur l'actif de la faillite qu'en démontrant que les valeurs livrées pour les acquérir n'ont pas été retirées de la caisse du mari. Si le prix a été fourni par le mari les biens acquis n'appartiennent pas à la femme. Pour être propriétaire, il ne suffit pas à la femme d'avoir acquis en son propre nom, elle doit aussi avoir acquis *de suo*. Ce sont les deux points qu'elle doit démontrer.

Il est bien entendu, du reste, qu'elle ne saurait revendiquer un bien dont ses conventions matrimoniales ne lui auraient pas laissé la propriété.

Si la femme ne parvient pas à prouver que l'équivalent presté en échange du bien qu'elle réclame n'a pas été distrait du patrimoine de son mari, gage des créanciers, ce bien doit être réuni à l'actif de la faillite. Pourquoi cette attribution ? C'est qu'il y avait une lacune à combler : « Un « commerçant, dit M. Labbé (*Note* sous Paris, « 1^{er} août 1879 ; S. 80, 2, 22), doit employer ses « capitaux à augmenter sa fortune et non à faire « des acquisitions pour sa femme (1). Le mari au-

(1) On doit sous-entendre : s'il est insolvable.

« rait dû faire l'opération pour lui. La meilleure
« réparation consiste à transporter l'opération aux
« créanciers telle qu'elle a été faite. »

Cette réparation implique que la masse a subi un préjudice. Cette attribution implique qu'il y a un vide à combler.

La rigueur de l'art. 559 est donc certainement applicable quand les deniers ont été *donnés* par le mari à la femme, car il a diminué son patrimoine sans compensation.

Mais faut-il encore le déclarer applicable, si le mari n'a entendu faire à la femme qu'une *avance remboursable*? La raison de douter vient de ce que la créance qu'il acquiert tient lieu dans son patrimoine des deniers prêtés, et qu'il ne paraît pas s'être appauvri.

Les termes de l'art. 559 ne permettent pas cette distinction. Il ne faut pas oublier qu'il protège les créanciers contre la fraude qui consisterait à leur enlever une partie de l'actif du mari en le mettant sous le nom de la femme. Leur donner une action en remboursement contre la femme c'est bien moins que de considérer l'acquisition comme faite pour le compte du mari. Cette créance peut être sans valeur, si la débitrice est insolvable. Fût-elle bonne, les créanciers ne sont pas tenus de s'en contenter. L'acquisition faite sous le nom de la femme sera parfois une excellente affaire, soit parce que le prix en sera peu élevé, soit parce que le bien aura acquis

une plus value fortuite : il ne serait pas juste que le mari pût tirer profit de bénéfices qu'il doit à l'argent de ses créanciers.

L'expression : « deniers fournis par le mari » ne signifie donc pas seulement : « deniers fournis gratuitement. »

Pour triompher dans sa revendication la preuve précise à fournir par la femme est donc la suivante : démontrer que l'acquisition a été faite en son propre nom et pour son compte, et que les deniers dont elle l'a payée ne lui provenaient pas du mari.

Plusieurs hypothèses se présentent où la femme se trouve avoir à sa disposition des deniers dont elle puisse faire emploi : sommes d'argent, devant rester propres, recueillies par succession, legs ou donation d'un tiers, créance propre dont le montant a été payé, deniers apportés en mariage et soumis à emploi, emprunt d'un tiers ou du mari, économies réalisées dans la gestion de tout ou partie de sa fortune propre, bénéfices d'un commerce séparé, produit de son industrie ou de son art, vente d'un immeuble propre, etc.

C'est à l'une de ces origines que la femme doit rattacher la provenance des deniers qui lui ont servi à payer son acquisition. La preuve à laquelle elle est soumise s'analyse en deux démonstrations : 1^o La femme a recueilli ou possédait des deniers propres ; 2^o ces deniers ont été employés à acquérir le bien qu'elle revendique ; en d'autres termes :

preuve de l'origine et preuve de l'emploi des deniers.

Il faut d'ailleurs supposer, en ces circonstances, que cet emploi est possible et que les conventions matrimoniales de la femme lui permettent de transformer ainsi un propre imparfait (les deniers) en un propre parfait (1) : sur la validité de l'emploi, c'est le Code civil ou le contrat de mariage qu'il faudra consulter. La loi commerciale n'a pas entendu permettre à la femme de revendiquer un bien acquis de la sorte si cette acquisition ne lui a pas constitué un propre.

Cette observation faite, comment la femme réussira-t-elle dans ses preuves?

L'art. 559, en réservant à la femme la preuve contraire contre la présomption qu'il édicte, n'impose aucun genre de preuve spécial. Telle est la règle, sauf exception pour l'hypothèse de l'art. 558 C. com.

La preuve de l'emploi pourra résulter de tous moyens de droit commun. Les circonstances de la cause en fourniront le plus souvent des présomp-

(1) Certains auteurs ont admis que le remploi n'était pas possible, s'il n'avait pas été prévu au contrat de mariage, dans l'hypothèse où la femme, mariée sous le régime de la communauté d'acquêts, et possédant au jour du mariage des deniers, dont la communauté était devenue propriétaire, sauf récompense, voulait, par la suite, les employer à l'acquisition d'un immeuble qui aurait immédiatement constitué pour elle un propre (M. Bufnoir, Notes sous cass., 15 juin 1881 ; S. 83, 1, 473 ; Cass., 11 juillet 1888 ; S. 88, 1, 408).

tions suffisantes, et la déclaration expresse dans l'acte d'acquisition n'est nullement imposée en principe.

La preuve de l'origine des deniers pourra de même se faire par tous les modes de preuve du droit commun, qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble. L'art 560 C. com qui exige l'inventaire ou l'acte authentique pour prouver la consistance des effets mobiliers que la femme veut reprendre en nature, ne s'applique qu'aux biens advenus à titre gratuit. Et c'est peut-être à dessein que le législateur n'a pas exigé la preuve par acte authentique des acquisitions onéreuses de meubles faites pendant le mariage. Ce n'est pas l'usage de recourir aux notaires pour les transmissions de meubles. Elles se font le plus souvent verbalement ou par acte sous signatures privées. Quand ils sont provenus à la femme à titre gratuit, il n'est pas très rigoureux de lui imposer la preuve par acte authentique : ordinairement cette preuve lui viendra d'elle-même ; en effet, s'agit-il de meubles apportés en mariage ou constitués en dot ? il y a le contrat de mariage ; s'agit-il de meubles recueillis par succession ? ils sont mentionnés au partage, et la plupart des partages se font devant notaires.

Toutefois il importe pour se rendre compte exactement de la liberté de preuve laissée à la femme, de considérer successivement les diverses origines que la femme peut assigner aux deniers d'achat :

1^o Elle prétend avoir payé le bien au moyen d'économies réalisées soit dans la gestion de tout ou partie de sa fortune, soit dans l'exercice d'un art, d'une industrie, d'un commerce séparé, ou encore grâce au bénéfice d'un don manuel. L'existence des espèces aux mains de la femme s'explique à merveille et, ordinairement, c'est par le rapprochement de certains faits que la femme prouvera, dans cette hypothèse, l'origine des deniers. On ne peut lui demander une preuve écrite dans un cas où il lui était impossible, sinon de s'en procurer une du moins de l'exiger (1). La preuve par témoins et les simples présomptions sont admissibles (art. 1340 C. civ.). Ainsi la cour de Paris a jugé, le 9 février 1867 (*Journ. des trib. com.*, t. 17, n^o 6131, 2^e espèce) à propos d'un don manuel que l'origine des deniers était suffisamment établie par ce fait que la date de l'acquisition était voisine de celle du don manuel (cf. Req. 28 nov. 1886; S. 17, 1, 110; Douai, 11 avr.

(1) Si la femme prétend qu'elle a payé le bien des bénéfices de son commerce, elle peut représenter ses livres, mais ce n'est pas à titre de preuve écrite que le juge pourrait en tenir compte, il en tirerait seulement des présomptions, car il ne s'agit pas de faire preuve, dans la circonstance, de faits de commerce.

Au cas de don manuel, la femme pourrait le faire constater dans un écrit émané du donateur. Mais celui-ci peut avoir ses raisons de refuser cet écrit, et s'il l'accordait, la femme ne le tiendrait que de sa bienveillance.

1884; S. 84, 2, 156; Bressolles, *La Femme du commerçant*, p. 88).

2° Le prix a été produit par la vente d'un propre de la femme, mobilier ou immobilier, corporel ou incorporel. L'origine des deniers ressortira de la preuve de l'aliénation. Mais comme il s'agit ici d'une vente, acte juridique, la femme devra, au-dessus de 150 francs, produire un titre écrit (art. 1341 C. civ.). Peu importe qu'il soit sous seing privé pourvu qu'il ait date certaine, afin de démontrer son antériorité à l'acquisition du bien que la femme réclame (1). La loi n'exige pas que l'aliénation soit constatée dans un acte authentique; ce n'est pas l'art. 558 qui est applicable, mais l'art. 559 (*Contra*, M. Boistel, n° 1014). A vrai dire, la vente prouvée, il est seulement établi que la femme avait droit à une somme d'argent : il n'est pas démontré qu'elle l'ait reçue. Faut-il qu'elle prouve la numération des espèces? La loi ne paraît pas avoir été aussi rigoureuse. Nous observerons en ce sens qu'elle se contente d'un inventaire pour prouver, par exemple, l'identité des meubles recueillis par la femme dans une succession avec ceux qu'elle revendique. Or un inventaire ne prouve qu'une chose, c'est qu'il dépendait de la succession tels meubles dont il contient la description. Mais il ne saurait prouver que ces meubles ont

(1) S'il s'agissait d'un remploi anticipé, le titre d'aliénation serait cependant postérieur au titre d'acquisition.

été remis en la possession de la femme. Le législateur cependant s'en contente. C'est que la détention de valeurs par la femme ressort manifestement du rapprochement de ces deux circonstances, l'existence d'un inventaire constatant le droit à tels effets mobiliers, l'existence dans la masse de la faillite d'effets mobiliers semblables à ceux dont l'inventaire contient la description. Aussi en justifiant de l'aliénation de son propre et en invoquant l'emploi du prix à l'achat qu'elle réclame, la femme fournit une preuve suffisante que le prix lui a été payé.

Mais la femme doit démontrer aussi son droit privatif sur le prix en établissant son droit de propriété sur le bien vendu. Si ce bien lui provenait de son apport en mariage, ou de successions ou donations recueillies au cours de son mariage, les art. 557 et 560 trouveraient application suivant la nature immobilière ou mobilière de ces biens. S'il provenait d'une précédente acquisition à titre onéreux, l'art. 559 devrait être respecté; la femme devrait prouver que le bien vendu n'était pas le produit d'une libéralité du mari. Si le bien aliéné était un immeuble, et s'il avait été acquis au moyen de deniers provenant de succession ou donation, dans l'hypothèse de l'art. 558 C. com., nous dirons bientôt si la femme serait tenue de se soumettre à cet article comme au cas où l'immeuble aliéné ferait directement l'objet de sa revendication.

3° L'acquisition faite par la femme a été payée de deniers empruntés d'un tiers. La femme prouve la réalité de l'emprunt par l'obligation notariée, l'acte sous seing privé ou, s'il y a lieu, le témoignage oral. Mais la preuve directe et spéciale de la numération des espèces ne sera pas exigée pour les raisons que nous avons exposées à l'occasion de la vente d'un bien propre. Elle résultera implicitement de la preuve de l'emploi.

4° Enfin, le prix a été payé avec les deniers recueillis par la femme dans une succession ou donation qui lui sont advenues pendant le mariage. Nous sommes dans l'hypothèse de l'art. 558 C. com.

Limitons-nous d'abord à ses termes mêmes.

Il prévoit l'acquisition d'un immeuble, et il en subordonne la reprise en nature à deux conditions : 1° la constatation authentique de l'origine des deniers ; 2° mention dans l'acte d'acquisition fait au nom de la femme que l'immeuble est acquis pour servir d'emploi de ces deniers. C'était déjà la disposition de l'art. 546 du Code de 1807. Nous trouvons ici une exigence exceptionnelle de preuve. L'origine des deniers ne peut être constatée que par acte authentique, l'emploi par une déclaration expresse au contrat d'acquisition. Pourquoi tant de rigueur ?

Afin d'éviter que la femme pût échapper aux prescriptions de l'art. 560 en réalisant les effets mobiliers recueillis par succession ou donation,

pour en employer la valeur à l'acquisition d'immeubles, qu'elle aurait repris en nature sans être assujettie à des preuves exceptionnelles. La disposition de l'art. 558 rend aussi difficiles la reprise directe en nature d'effets mobiliers provenus de successions ou donations, et la reprise des biens acquis en emploi. L'art. 558 complète l'art. 560.

Le motif de la loi reste le même, s'il s'agit d'acquisitions de meubles. Cependant, le caractère exceptionnel de l'art. 558 ne nous permet pas de l'étendre hors de ses termes, même à la faveur d'une analogie complète. Partant de cette idée, nous dirons donc :

1^o Que, si la femme revendique des meubles acquis au moyen de deniers provenant de successions ou donations, elle pourra faire preuve de l'origine des deniers autrement que par acte authentique, et de l'emploi autrement que par déclaration expresse dans l'acte d'acquisition. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, le 1^{er} octobre 1879 (*Journ. trib. com.*, t. 29, n^o 9729), en ce qui concerne des rentes nominatives sur l'État.

2^o L'art. 558 parle bien d'acquisitions faites au moyen de deniers provenant de successions ou donations, mais il ne parle pas d'acquisitions faites au moyen de deniers qui appartenaient à la femme lors du mariage. Si donc la femme prétend exercer la reprise en nature d'un immeuble acquis en emploi de sommes dotales possédées lors du mariage et res-

tées propres, y aura-t-il lieu d'appliquer l'art. 558? La question est controversée : « Cet article, — dit M. Boistel (*Précis*, n° 1014), — ne parle pas formellement de l'emploi de sommes dotales appartenant à la femme dès le mariage, mais il faut évidemment l'appliquer, puisqu'il y a analogie complète ; l'acte authentique prouvant l'origine des deniers sera en général le contrat de mariage, ou l'état y annexé ; mais il ne sera pas nécessaire que le reçu du mari soit authentique. » Nous pensons de même. Bien que le texte exige l'interprétation restrictive, il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi de ne pas créer ici un défaut d'harmonie que le législateur n'a pas voulu. Si l'art. 558 ne parle pas des deniers existants au jour de la célébration du mariage, c'est qu'en fait il est assez rare que les époux apportent, en se mariant, une forte somme disponible, et dont il y ait lieu de faire emploi ; la nécessité d'un placement en immeubles ne se fait sentir qu'à la suite d'une donation d'argent ou de l'ouverture d'une succession. La réalisation de l'actif héréditaire met aux mains de l'époux héritier un numéraire disponible dont il serait maladroit de ne pas faire emploi. Le législateur n'a parlé que des hypothèses les plus fréquentes.

3° Enfin, l'art. 558 prévoit la reprise de l'immeuble même qui a été acquis en emploi de sommes provenant de successions ou donations. Convient-il de l'appliquer si, cet immeuble ayant été

aliéné, il s'agissait pour la femme de revendiquer l'immeuble acquis en échange du premier? Nous nous décidons pour la négative. Sans doute, la disposition de l'art. 558 s'explique par la pensée d'assimiler la reprise de biens acquis en emploi de certains deniers à la reprise en nature des biens remployés. Mais le législateur n'a fait de cette idée qu'une application spéciale, en supposant des meubles acquis par succession ou donation, dont le prix avait été employé en acquisition d'immeubles. Hors de là, nul texte, nulle autre manifestation de la même idée, permettant de généraliser cette assimilation et de traiter sur le même pied la preuve en cas de reprise en nature et la preuve en cas d'emploi ou de remploi. (En ce sens, Bressolles, n° 43). De plus, on peut faire l'observation suivante : le bien aliéné provenant de succession ou de donation était-il meuble? L'art. 558 ne s'applique pas (c'est ce que nous avons dit plus haut). Eh bien? Si c'est un immeuble, faut-il, pour cette différence de nature, imposer les conditions rigoureuses de l'art. 558? La distinction ne se conçoit pas en raison; dès lors, elle ne doit être acceptée que sur la foi d'un texte formel. Or, l'art. 558 ne considère que l'immeuble acquis directement des deniers provenant des successions ou donations, et non pas celle du deuxième immeuble payé avec le prix de la vente du premier. Nous n'imposerons donc pas à la femme, dans ce dernier cas, la preuve

de l'origine des deniers par acte authentique, et de l'emploi par déclaration expresse au contrat d'acquisition.

En résumé, pour prouver son droit de propriété sur des biens acquis à titre onéreux depuis le mariage, et détruire la présomption de l'art. 559, la femme doit apporter trois preuves :

1° Que l'acquisition a été faite en son nom. Les créanciers examinent son titre d'acquisition.

2° Que ses conventions matrimoniales lui laissent la propriété de cette acquisition. Ils liront son contrat de mariage.

3° Que le prix est encore dû, ou que les deniers qui ont soldé l'acquisition avaient une autre origine qu'une libéralité ou même un prêt du mari. Les créanciers, sur ce point, devront accepter tous les modes de preuve de droit commun, — sauf dans l'hypothèse prévue par l'art. 558.

C'est cette origine des deniers que la femme du non-commerçant est dispensée d'établir quand elle intente une demande en distraction contre les créanciers du mari saisi. En droit civil, qui achète est propriétaire, peu importe la provenance de l'équivalent fourni. Cela n'a d'intérêt que pour savoir si, à l'occasion de son acquisition, la femme est devenue débitrice du mari ou d'un tiers. Fût-il même certain que les sommes payées par la femme au vendeur fussent le produit d'une libéralité annulée, il en résulterait seulement que la femme

devrait la restitution de somme égale à celle qu'elle tient du donateur, mais la propriété du bien qu'elle pourrait avoir payé de ces derniers resterait fixée sur sa tête.

Cette règle est absolue et ne souffre pas exception, même sous le régime de la communauté pour les acquisitions à titre onéreux faites par la femme, en remploi de propres aliénés, mais qui se trouvent constituer des conquêts par suite de l'omission des formalités exigées par la loi. Si ces acquisitions tombent en communauté, c'est la conséquence du régime adopté, et il n'y a aucune dérogation à notre principe. Quand la femme commune prétend reprendre à titre de propre un bien acquis à titre onéreux pendant le mariage, la loi n'exige pas la preuve, mais seulement la déclaration de l'origine des deniers ; et à la femme qui n'est pas alors en mesure de prouver l'accomplissement des formalités des art. 1434 et 1435 C. civ., la loi ne dit pas : « Vous n'êtes pas devenue propriétaire », mais : « Vous n'avez pas empêché le bien acquis par vous de tomber en communauté. » La question est toute différente.

Sous les régimes autres que la communauté, les biens que les époux acquièrent soit à titre onéreux, soit à titre gratuit pendant le mariage restent leur propriété exclusive, sous la réserve du droit de jouissance qui peut appartenir au mari sur les biens de la femme. A la dissolution du régime matrimo-

nial, chacun des époux reprend les biens sur lesquels il justifie de son droit de propriété. La preuve se réduit, pour la femme comme pour le mari, à l'exhibition du titre ou à l'indication de la cause de l'acquisition.

Toutefois, le régime de la séparation de biens mis à part, on ne voit pas comment, sous le régime exclusif de la communauté et sous le régime dotal pur, si la femme ne s'est pas réservé l'administration d'une partie de sa fortune, elle peut payer ses acquisitions sans demander au mari de mettre à sa disposition les fonds nécessaires. Ne faut-il pas dès lors, pour ces régimes, décider que tout bien acquis par la femme est censé, jusqu'à preuve contraire, avoir été payé des deniers du mari, et n'aurions-nous pas alors, dans la loi civile elle-même, une règle analogue à celle donnée par l'art. 559 C. com.?

Notre intention n'est pas de rechercher si la présomption mucienne a survécu dans le droit moderne. Nous voulons seulement démontrer que, même si on en admet la survivance, il n'y a pas analogie entre cette présomption et celle de l'art. 559.

La loi Quintus Mucius était inspirée par le désir d'empêcher les libéralités entre époux : quand une femme mariée sous le régime dotal romain acquerrait un immeuble au cours du mariage, c'était toujours en fait des mains du mari qu'était sorti le prix ; il fallait bien se résoudre à cette hypothèse,

à moins d'attribuer à ces deniers une origine offensante pour l'honneur de la femme et du mari ; il est vrai qu'on aurait pu présumer tout aussi bien un prêt qu'une libéralité du mari à la femme, mais c'est à ce dernier parti que s'était arrêtée la loi romaine, parce qu'elle était dirigée contre les donations entre époux.

Dans notre législation, les donations entre époux étant permises, sauf révocabilité, ce n'est plus une donation qu'on présumera, cela n'aurait plus d'intérêt. Ce qu'il importe de savoir, c'est si la femme est soumise à quelque restitution ; pour donner une portée à la présomption mucienne, il faudrait donc actuellement présumer un prêt. Dès lors, décide-t-on de l'admettre ? On dira que la femme ne pourra reprendre l'immeuble qu'à charge d'en rembourser au mari le prix, sauf à elle à prouver que les deniers d'achat ne lui ont pas été prêtés par le mari, mais donnés, ou qu'elle les tient d'un tiers. Mais quelle que soit l'origine des deniers, la femme ne sera pas privée du droit de reprendre son immeuble. Et, bien qu'elle ne parvienne pas à démontrer que les deniers ne lui ont pas été remis par le mari, elle n'en sera pas moins considérée comme la véritable propriétaire. C'est ce qu'il importait de remarquer.

Voyez, au contraire, l'art. 559 C. com. Il attribue au mari et à la masse de ses créanciers la propriété du bien acquis par la femme des deniers du mari. Il transporte l'opération au mari, comme dit

M. Labbé, et ne se contente pas d'imposer à la femme le remboursement d'une avance. Il est plus rigoureux que la loi Quintus Mucius, ou plutôt son objet est différent : il tranche une question de propriété, tandis que la loi mucienne résout une question de preuve.

Voici donc exactement en quoi la femme du failli est moins bien traitée que la femme du non-commerçant. Elle est privée de reprendre les biens qui ne sont pas prouvés être l'équivalent de valeurs dont la loi des faillites lui permet la reprise.

Pour préciser l'étendue de la dérogation que l'art. 559 apporte au droit commun, il nous reste à préciser ses limites d'application :

1° Nous n'avons envisagé jusqu'ici, pour la commodité du langage, que l'hypothèse d'un achat. Les mêmes principes sont applicables au cas d'échange. La femme ne pourra reprendre un bien acquis de cette manière qu'à la condition de prouver que le bien donné en échange faisait partie de son patrimoine propre.

Serait-elle soumise aux exigences des art. 558 à 560 C. com. pour établir la propriété qu'elle avait du bien aliéné? L'affirmative serait justifiée en raison, mais le texte de la loi est muet sur ce point, et peut-être y a-t-il lieu de faire une différence entre la vente et l'échange : dans ce dernier cas, « il n'y a jamais, entre les mains du mari, des deniers, dont la provenance est toujours suspecte au

« législateur ; et d'ailleurs, l'échange se faisant en « un seul acte laisse beaucoup moins de place au « soupçon » (M. Boistel, n° 1014).

S'il y avait une soulte, l'art. 559 serait-il applicable ? Oui, si la soulte dépassait la valeur de l'objet donné en échange ; car c'est d'un achat plutôt que d'une vente qu'il s'agit. Mais si la soulte est minime, il serait déraisonnable d'attribuer à la masse un bien qui représenterait, en majeure partie, un bien propre à la femme. Mais celle-ci devra rembourser le montant de la soulte que le mari aurait fournie. C'est l'application du droit commun. Quant au point de savoir si la femme sera considérée, jusqu'à preuve contraire, comme débitrice envers la masse du montant de cette soulte, ou si elle attendra, de la part des créanciers, la preuve que cette soulte a été payée par le mari, il faut, pour le décider, prendre parti sur la question du maintien dans notre droit de la présomption mucienne.

2° Une hypothèse importante à prévoir est celle de constructions faites par la femme du failli, sur ses propres, depuis le mariage. L'art. 559 doit-il recevoir application ? Nous le pensons, et sans distinguer si l'immeuble sur lequel les constructions ont été faites a été acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. L'esprit de l'art. 559 est de voir le produit d'une fraude concertée entre les époux dans toute augmentation de la fortune propre de la femme, obtenue pendant le mariage à titre onéreux.

Sans doute, l'art. 553 C. civ. présume, sauf preuve contraire, que les constructions élevées sur un terrain appartiennent au propriétaire du sol, et ont été faites à ses frais. En partant de cette idée, on fait les distinctions suivantes (Bressolles, p. 113):

Pour les immeubles acquis à titre gratuit, ou possédés lors du mariage, la femme sera censée avoir payé les constructions par elle faites;

Sur les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage, les constructions figureront dans l'actif de la faillite, jusqu'à ce que la femme ait apporté les preuves des art. 558 et 559.

Mais, à notre avis, l'art. 553 du Code civil ne doit pas, ici, être pris en considération. Le Code civil avait à régler les rapports du possesseur du sol et du constructeur. Comment l'appliquer au conflit de la femme et des créanciers d'une faillite? L'art. 559 C. com. nous autorise à l'abandonner : cet article a pour but de protéger les créanciers contre la fraude des époux; il est nécessaire que sa rigueur soit maintenue tant que la fraude est possible. Il nous paraît donc inexact de refuser d'attribuer à la masse, en se fondant sur l'art. 553 C. civ., la propriété de constructions faites par la femme sur des immeubles acquis à titre gratuit ou possédés antérieurement au mariage, et d'appliquer l'art. 559 C. com. si les constructions ont été faites sur un immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage.

Dans les deux cas, nous dirons que les construc-

tions élevées par la femme seront présumées payées des deniers du mari et appartenir à la faillite, sauf à la femme à prouver qu'elle les a fait édifier au moyen de deniers qui ne lui provenaient pas d'une libéralité ou d'un prêt du mari. Elle devra faire cette preuve spécialement pour les constructions ; il ne lui suffirait pas de la faire pour le sol qui les supporte.

Comme l'art. 559 C. com. ne s'applique qu'à la femme d'un commerçant failli, il faudrait bien, à la femme d'un non-commerçant, appliquer le droit commun. Elle invoquerait, avec raison, l'art. 553 C. civ., et la preuve de son droit de propriété sur le fonds emporterait présomption que les constructions ont été élevées à ses frais. Les créanciers auraient toute liberté de démontrer le contraire, afin d'imposer à la femme le paiement d'une indemnité.

3° L'art. 559 ne s'appliquerait pas à la femme revendiquant un bien acquis par elle avant le mariage et dont le prix n'a été payé qu'après la célébration du mariage. C'est une conséquence de l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à un article d'exception. Il n'y a pas, en fait, de raison sérieuse pour traiter cette revendication plus favorablement que celle d'un immeuble dont l'acquisition est contemporaine du mariage ; mais ce n'est pas suffisant pour s'écarter d'une des règles d'interprétation les plus sûres : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il appartiendra aux créanciers

de démontrer que l'acquisition, prétendue antérieure au mariage, a été antidatée; mais s'ils ne peuvent faire cette preuve, ils devront, comme de droit commun, prouver la fraude; s'ils démontrent que l'acquisition a été payée des deniers fournis par le mari, la femme devra remboursement du prix à la masse, sans perdre le droit de revendiquer.

4° L'art. 559 devrait être appliqué aux acquisitions faites par la femme du mari, comme il s'applique à celles faites d'un tiers; il faut supposer un cas où la vente est permise entre époux : telle sera l'hypothèse, où après séparation de biens judiciaire, le mari cède des biens à sa femme en paiement de ses reprises; ou celle prévue par le deuxième alinéa de l'art. 1595 C. civ. : le mari cède des biens à sa femme, même non séparée, en remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, et non tombés en communauté. Si les deniers ainsi employés provenaient à la femme de succession ou de donation, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 558 : la femme ne pourra exercer la reprise en nature du bien cédé par le mari qu'en prouvant, par acte authentique, l'origine des deniers et en représentant un contrat d'acquisition contenant déclaration expresse d'emploi.

Bien entendu la femme deva déduire de ses reprises en deniers le prix de l'acquisition; les créanciers n'auront plus alors à se plaindre. A moins qu'ils ne prétendent que la chose donnée en paie-

ment par le mari est d'une valeur bien supérieure à l'immeuble ou à la créance qui appartenait à la femme ; considérant alors la dation en paiement comme une vente, ils la feraient annuler pour vilité frauduleuse du prix.

Si la cession a été faite par le mari en remploi d'immeubles aliénés, la femme ne pourra revendiquer l'immeuble cédé que si les conditions prescrites par les art. 1434 et 1435 C. civ. (déclaration d'origine des deniers, déclaration de remploi, acceptation de la femme), ont été remplies, et, ajoute la jurisprudence, si la condition de remploi a été prescrite par le contrat de mariage. Mais on ne saurait exiger la preuve authentique de l'origine des deniers employés. Nous sommes en dehors du texte de l'art. 568. Les conditions de la reprise ne sont donc pas plus rigoureuses qu'en droit commun.

Terminons par une remarque : La sévérité de la loi des faillites, relativement aux preuves exigées de la femme pour l'exercice de ses reprises en nature, existe manifestement dans l'intérêt exclusif des créanciers. La loi veut réduire le plus possible le nombre des revendications qui diminuent l'actif de la faillite. Si ces moyens de protection sont délaissés par ceux qui peuvent s'en prévaloir, le bon sens commande qu'on revienne au droit commun. La femme pourrait donc, pour se soustraire aux art. 558 et 559 C. com., invoquer la reconnaissance faite par les créanciers de la sincérité de ses préten-

tions : *Cessante ratione legis, cessat lex*. Aussi, c'est bien à tort, semble-t-il, que la Cour de cassation (ch. civ., 22 nov. 1886, D. 87, 1, 115) a décidé que les prescriptions de l'art. 559 C. com. doivent toujours être observées, alors même que les créanciers auraient reconnu, comme dans l'espèce soumise à la Cour, la sincérité des actes non authentiques produits.

De la femme propriétaire passons à la femme créancière.

DEUXIÈME DIVISION

LA FEMME AGIT COMME CRÉANCIÈRE

I. — *Causes diverses des créances de la femme.*

Après la faillite du mari, la femme conserve, en principe, comme dans la déconfiture, toutes les créances qu'elle avait contre lui.

C'est déjà la remarque que nous avons faite sur les causes de revendication de la femme. La loi lui conserve l'intégrité de ses droits, et, à part l'exception qui va être rappelée, ce n'est qu'au point de vue des conditions d'exercice de ses créances que des différences peuvent être relevées entre la femme du failli et celle du non-commerçant.

Une seule cause de reprises disparaît parfois. La femme ne peut exercer dans la faillite aucune créance pour raison d'avantages matrimoniaux, si

le mari était commerçant lors du mariage; ou s'il l'est devenu dans l'année, n'ayant à cette époque aucune profession déterminée. De leur côté, les créanciers ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat : c'est la compensation accordée à la femme par la disposition finale de l'art. 564 C. com., compensation bien légère, dans la plupart des cas, parce que les avantages reçus par la femme du mari sont le plus souvent supérieurs à ceux qu'elle lui a faits. La femme qui, par exception, se trouverait avoir intérêt à invoquer l'art. 564, vu l'importance des avantages venus d'elle, n'aurait pas le droit d'invoquer cet article si les créanciers de la faillite n'entendaient pas faire annuler les avantages faits par le mari.

Pour éviter l'application de cette disposition rigoureuse, la femme aura toute liberté de prouver que les conditions mêmes d'application n'en sont pas réunies. Elle démontrera que le mari n'était pas commerçant lors du mariage, qu'il avait alors une profession déterminée, qu'il n'est devenu commerçant que plus d'une année après la célébration du mariage. Les tribunaux examineront les circonstances et statueront en fait.

L'art. 564 C. com. excepté, la loi des faillites ne prononce pas de déchéances contre la femme du failli. Laissant de côté cette exception, voyons maintenant en détail les différentes créances de la

femme, et les conditions exigées pour leur exercice dans la faillite.

Une observation s'impose au début de cette section. Il ne s'agit ici que des créances que la femme peut avoir contre son mari en tant que femme mariée, non de celles qu'elle peut avoir à tout autre titre et qui ne seraient pas garanties par l'hypothèque légale. Pour ces dernières, la situation de la femme ne diffère en rien de celle des autres créanciers. L'espèce s'est présentée devant les tribunaux d'une femme qui avait fait, à son mari négociant, une ouverture de crédit avec affectation hypothécaire sur les biens de ce dernier : le tribunal de commerce de la Seine a jugé qu'elle devait être admise comme créancière de la faillite du mari à la seule condition de justifier de la réalité des versements effectués à celui-ci (*Journ. trib. com.*, 24 juin 1884, n° 10626).

Les diverses créances qu'une femme mariée peut avoir, à ce titre contre son mari ont pour cause soit un apport, *lato sensu*, fait par la femme au mari, soit un appauvrissement subi par elle. Un appauvrissement subi, comme si le mari a commis dans l'administration des biens de la femme des fautes dont il est responsable, si la femme s'est obligée avec son mari sans y avoir un intérêt personnel; enfin si la femme a fait un déboursé pour son mari en payant une dette de celui-ci.

Rien de spécial à dire de la créance pour détério-

ration des biens. Le mari est administrateur légal sous la plupart des régimes matrimoniaux des biens de sa femme. La femme pourra réclamer au mari des dommages-intérêts pour mauvaise gestion, sans avoir à prouver autre chose que la faute commise, et cela par tous les moyens possibles (arg., art. 1348 C. civ.).

La femme peut aussi se prévaloir de l'art. 2032 C. civ. quand elle n'avait aucun intérêt personnel à l'obligation contractée conjointement avec son mari, qu'elle soit ou non mariée sous un régime qui répute son engagement, engagement accessoire (art. 1431 C. civ.), même sous le régime de la communauté (c'est l'interprétation que nous donnons à l'art. 1431). La femme devrait, pour établir sa créance de ce chef, commencer par démontrer que son mari seul ou la communauté avait intérêt à l'obligation. A cette condition elle pourrait, même sans avoir rien payé encore, réclamer indemnité au mari; mais cela suppose que le créancier ne se présente pas lui-même à la faillite, qui ne saurait être grevée de deux productions à raison de la même dette.

Des principes identiques gouvernent la déconfiture.

La femme peut avoir payé pour son mari une dette à laquelle elle était ou n'était pas coobligée, peu importe, si d'ailleurs son engagement était désintéressé. De droit commun, il lui suffirait de repré-

senter la quittance, délivrée par le créancier, pour établir son droit à remboursement. Elle serait présumée avoir payé de ses deniers tant que les créanciers n'auraient pas démontré le contraire. L'article 562 C. com. détruit cette règle et pose une présomption inverse. Toute dette du failli payée par sa femme est réputée payée des deniers du mari, et c'est à la femme qu'incombe la charge de la preuve contraire.

Cette disposition est inspirée par le même esprit que l'art. 559. La présomption de fraude se dresse constamment devant la femme du failli; c'est à elle qu'il appartient de prouver la sincérité et la loyauté de ses actes.

Par le renvoi qu'il fait à l'art. 559, le texte nous indique que la preuve contraire réservée à la femme peut être administrée par tous moyens, comme celle du droit de propriété de la femme sur une acquisition onéreuse faite pendant le mariage. La femme devra prouver qu'elle s'est servie, pour faire le paiement, de deniers propres. Mais la loi n'exige pour cela aucune déclaration d'origine des deniers, ni aucune déclaration d'emploi dans la quittance, ni aucune constatation authentique de l'origine des deniers. Il en serait ainsi même si les deniers versés par la femme au créancier du mari lui parvenaient de succession ou de donation; nous n'avons pas à reproduire les exigences de l'art. 558 C. com. en dehors du cas qu'il prévoit.

Le paiement par la femme d'une dette du mari pourrait servir à déguiser une libéralité du mari à la femme, s'il arrivait que le mari remît à sa femme les fonds nécessaires au paiement, et lui laissât prétendre qu'elle a payé *de suo*. Mais ce n'est pas seulement cette fraude que l'art. 562 a eu pour but d'empêcher; il ne faut pas le considérer comme n'étant que le complément des art. 559 et 564. Il vise aussi à empêcher tout détournement d'une partie du gage des créanciers que le mari trouverait moyen de réaliser en désintéressant un créancier par l'intermédiaire de sa femme. Aussi la preuve que doit fournir la femme, c'est que les deniers ne proviennent pas de son mari, à un titre quelconque; La créance en remboursement de la femme n'est point recevable tant que l'origine propre des deniers n'est pas justifiée.

Mais la principale créance de la femme contre son mari, c'est sa créance de reprises :

La femme peut être créancière :

1° De la valeur de propres imparfaits qui sont devenus la propriété de la communauté ou du mari en vertu des règles du quasi-usufruit ,

2° Du prix de propres aliénés pendant le mariage, et dont le emploi n'a pas été fait ;

3° De la valeur des propres parfaits, se retrouvant en nature dans le patrimoine du mari, mais que l'insuffisance de ses moyens de preuve ne permet pas à la femme de revendiquer. Nous n'inscrivons

cette dernière cause de créance que sous le bénéfice des observations qui seront faites plus loin.

Dans tous ces cas la créance de la femme est une créance en restitution, et non plus en indemnité. Elle doit donc établir ce que le mari a reçu d'elle. Cette preuve se décompose en deux autres : 1^o preuve de la valeur des objets apportés ; 2^o preuve de leur réception par le mari. Les conditions d'exercice de la créance de la femme sont les mêmes, qu'elle agisse comme créancière chirographaire ou comme créancière hypothécaire. Des conditions spéciales sont imposées pour l'exercice de l'hypothèque : nous les étudierons plus loin.

II. — *La femme ne se prévaut pas de son hypothèque légale.*

Si l'on suppose d'abord prouvée la valeur des apports et qu'il soit seulement question d'établir que le mari les a reçus, il est sans difficulté que tous les moyens de preuve sont admis. L'art. 563 C. com. spécial à l'hypothèse où la femme se prévaut de son hypothèque légale n'a pas d'application, si l'on n'envisage que les conditions d'existence de la créance de reprise. Ainsi sous le régime dotal, la femme peut invoquer, après dix ans de mariage, la présomption de l'art. 1569, même dans ses rapports avec les créanciers ; les présomptions du fait de l'homme seront prises en considération sous les au-

tres régimes. Il est d'ailleurs moralement impossible à une femme mariée d'exiger de son mari la quittance écrite de ses apports si ce dernier la lui refuse; elle est sous la dépendance du mari. En qualité d'administrateur des biens de sa femme il a pouvoir de toucher les capitaux lui appartenant et de recevoir délivrance des objets mobiliers, sans être obligé de donner à sa femme la constatation écrite de toute augmentation de sa fortune propre. Aussi, si la femme établit qu'elle a eu droit à certains biens au cours du mariage, on incline facilement à croire que le mari en a pris livraison. C'était son droit et son devoir. S'il s'agit du prix de vente d'un propre, la femme n'a pas à prouver directement la réception qu'en a pu faire le mari. Il lui suffit de prouver la vente; le mari est dès lors débiteur à son égard : d'une créance si le prix est encore impayé, d'une somme d'argent dans le cas contraire; il lui appartenait, en sa qualité d'administrateur, de poursuivre l'acquéreur.

La loi s'est montrée plus exigeante sur la preuve de la réception quand la femme se prévaut de son hypothèque légale; mais il n'y avait pas lieu à cette rigueur quand elle ne prétend qu'à un dividende chirographaire.

Par quels moyens la femme doit établir le montant de sa créance, c'est la question qu'il faut maintenant aborder :

Elle est tranchée nettement par la Cour suprême

dont le système se résume en deux mots : la femme doit prouver la *consistance* de ses apports, qu'elle les revendique comme propriétaire ou qu'elle en réclame la valeur comme créancière, et les mêmes modes de preuve sont imposés dans les deux cas. Voici le développement de l'idée :

La femme réclame-t-elle la valeur des propres imparfaits compris dans son apport en mariage ou recueillis par succession ou donation pendant le mariage, elle doit en prouver la consistance par inventaire ou acte authentique, conformément à l'article 560 C. com. si ce sont des meubles ; conformément à l'art. 557, s'il s'agit d'immeubles ameublis.

La femme réclame-t-elle la restitution du prix de ses propres aliénés pendant le mariage ? Elle doit établir son droit de propriété aux biens aliénés conformément aux art. 557 à 560, comme s'il s'agissait de les revendiquer. Ainsi le bien aliéné lui provenait-il d'une acquisition faite avec des deniers lui advenant de succession ou donation, elle devra représenter l'acte d'acquisition contenant déclaration expresse d'emploi, et un acte authentique constatant l'origine des deniers. Lui provenait-il d'une acquisition à titre onéreux faite pendant le mariage, avec des deniers ayant une autre provenance que succession ou donation ? C'est l'art. 559 qui trouve application : la femme doit établir que les deniers d'achat ne lui proviennent pas de son mari. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'acte d'aliéna-

tion soit authentique ni même qu'il ait date certaine, la date certaine n'étant pas exigée entre créanciers d'un même débiteur et ne servant que pour fixer le rang de l'hypothèque légale, dont nous ne traitons pas ici.

Le principal argument de la Cour suprême est tiré de l'art. 560 al. 2, C. com. : A défaut par la femme de produire un acte authentique, tous les effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, seront acquis aux créanciers. Les mots « effets mobiliers », dit la Cour, comprennent tout ce qui est meuble d'après les règles de la loi, et par conséquent les sommes d'argent et les titres au porteur (Arg. art. 535 C. civ.) L'attribution faite aux créanciers est générale et absolue ; l'absence d'inventaire authentique fait naître contre la femme une présomption de fraude, invincible. La femme perd tout droit sur ses propres.

Il suit du même art. 560 al. 2, que si les propres existent en nature, et distincts dans la fortune du mari, la femme qui n'a pas d'acte authentique ne peut se porter créancière de leur valeur. De deux choses l'une, dit-on : ou la femme peut revendiquer parce qu'elle a la constatation authentique de ses apports : c'est alors un droit de propriété qu'elle invoque contre la masse, et elle n'a aucun titre pour exercer une créance ; ou bien elle n'a pas d'acte authentique, et elle ne saurait empêcher l'attribu-

tion légale à la masse du bien lui appartenant. Il serait trop facile à la femme d'éluder l'exigence d'un acte authentique, qui est une protection pour les créanciers, s'il lui suffisait d'un acte sous seings privés ou peut-être même d'un témoignage pour enlever la valeur de son bien aux créanciers par le moyen d'une action personnelle, fortifiée de l'hypothèque légale. Même, la femme, prévoyant la faillite, et dépourvue des preuves rigoureuses qui justifient la revendication, pourrait tourner la loi en vendant tous ses biens meubles ou immeubles afin de pouvoir se porter dans la faillite créancière du prix qu'elle retirerait bien souvent intégralement, à la faveur de son hypothèque légale. Les rigueurs de la loi des faillites, établies dans un intérêt de crédit commercial et public, n'atteindraient pas leur but et ne frapperaient que les femmes d'une scrupuleuse honnêteté ou ignorantes de la ruine de leur mari.

On ajoute que la reprise en valeur et la reprise en nature impliquent au fond la même affirmation d'un droit de propriété, soit actuel, soit antérieur, qu'il n'y a donc pas de différence fondamentale de nature entre ces deux sortes de reprises, justifiant une différence dans leurs conditions d'exercice (cf. Guénée, note; D., 87, 1, 113).

Cette remarque permet d'appliquer l'art. 560 à la reprise en valeur, bien qu'il ne parle que d'une revendication. La reprise en valeur suppose la préexistence d'un droit de propriété (même note).

Enfin l'art. 563 C. com. ne dispense pas la femme d'établir sa créance conformément à l'art. 560 ; il a trait à une autre question : celle de la réception des deniers ou meubles dotaux par le mari, et non à celle de leur consistance. Du reste cet article apporte un surcroît de rigueur en vue de mieux protéger la masse des créanciers. Il est impossible de donner à la femme des facilités de preuve qu'elle n'aurait pas dans le système de la jurisprudence si son mari n'était devenu commerçant que plus d'une année après la célébration du mariage : car on lui appliquerait alors les art. 1499, 1504 et 1510 C. civ.

Au surplus la théorie générale des preuves (article 1347 et suiv. C. civ.) ne contient pas de trace de la distinction proposée entre la reprise en nature et la reprise en valeur, et la nature du droit réclamé ne fait pas varier le mode de preuve.

Ce système n'est que l'application au cas de faillite du système admis par la Cour suprême pour le cas de déconfiture. C'est l'interprétation qu'elle donne des art. 1449 et 1504 C. civ., ne distinguant nullement d'après le mode d'exercice de la reprise, mais seulement suivant que le conflit surgit entre les époux ou bien entre l'un d'eux et les tiers. A ce point de vue, il est vrai de dire que la femme du failli est traitée de même que la femme du non-commerçant. Propriétaire ou créancière, la femme est astreinte à des preuves de même degré. La différence n'apparaît entre le régime de la liquidation

civile et celui de la faillite que dans la difficulté plus ou moins grande des preuves exigées ; mais le même principe domine ici et là : imposer à la reprise en valeur les mêmes justifications qu'à la reprise en nature.

Tel est le système de la jurisprudence combattu par quelques cours d'appel (Dijon, Caen). Mettons immédiatement en relief les conséquences qui en découlent :

Tandis qu'un créancier chirographaire est laissé libre d'établir sa créance par tous les modes de preuve du droit commun, la femme, simple chirographaire aussi, doit apporter des preuves exceptionnellement rigoureuses. Cependant, ne semble-t-il pas que sa situation dépendante à l'égard du mari, et son inexpérience habituelle des affaires n'aient pas dû plutôt incliner le législateur à l'indulgence, quand elle se met sur le même rang que les autres créanciers. Pourquoi ne pas tenir compte d'un acte sous seing privé constatant ses apports mobiliers, s'il est reconnu sincère ? En exigeant l'acte authentique, le législateur n'a-t-il pas sacrifié à un formalisme exagéré ? Le notaire n'est que le rédacteur impartial des conventions des parties, il constate ce qu'on lui déclare. Le mensonge n'est-il pas aussi facile par un acte notarié que par un acte sous seings privés ? L'authenticité ce n'est qu'une forme, non une garantie pour tout ce que le notaire ne déclare pas avoir vu, entendu, constaté ou ac-

compli, et nul texte de loi n'oblige les parties à verser le montant d'une dot ou à faire le partage d'une succession en sa présence. N'est-il pas injuste de refuser à la femme un dividende chirographaire malgré l'apparente sincérité de ses prétentions, sous prétexte qu'elle ne produit pas un titre authentique ?

D'autre part, confondre dans la même exigence de preuves la reprise en nature et la reprise en valeur, c'est ne pas tenir compte de cette remarque que les créanciers souffrent bien plus d'une revendication que d'une augmentation du passif. En s'inscrivant au passif d'un insolvable, un créancier transforme sa créance en un droit à un dividende. Les autres créanciers gagnent ce qu'il perd. En prélevant un bien sur l'actif il se donne satisfaction complète et réduit le droit des autres créanciers sans modifier le sien. C'est donc où la fraude peut avoir les plus dangereux effets que le législateur devait la combattre avec vigueur, et sa sévérité protectrice comportait des nuances.

Le système de la jurisprudence va contre la raison et contre la justice ; il reste à montrer qu'il va contre la loi :

C'est sur l'art. 560, al. 2 que la jurisprudence s'appuie, en cas de faillite, pour en déduire que la preuve à faire par la femme de la consistance de ses apports ne varie pas suivant qu'elle les revendique comme propriétaire ou qu'elle se porte créancière

de leur valeur. Il ressort de ce texte, dit-on, qu'il a trait aux objets mobiliers qui ne sont pas demeurés la propriété de la femme, et pour lesquels elle ne peut exiger qu'une récompense. Le mot « effets mobiliers » comprend même l'argent comptant et les titres au porteur; aussi la femme ne peut prétendre à la valeur des propres imparfaits apportés par elle au mari que si elle en établit la consistance par inventaire ou état authentique; et comme le texte porte attribution sans réserve aux créanciers de la propriété des objets mobiliers provenant de la femme, à défaut d'acte authentique, la reprise en argent ne se comprend pas quand la revendication est interdite. Il faut répondre nettement à la jurisprudence qu'elle donne une fausse interprétation de l'art. 560. Les seuls effets mobiliers dont il puisse être question dans cet article sont ceux qui peuvent former l'objet d'une reprise en nature. C'est la revendication des propres parfaits qu'il vise, et pas du tout l'argent et les titres au porteur, c'est-à-dire les propres imparfaits. Sinon l'attribution de ces effets mobiliers à la masse à défaut d'inventaire ou d'état authentique n'aurait pas de sens, puisque la faillite en était déjà propriétaire définitive. C'est uniquement les conditions d'une revendication que l'art. 560 détermine, et on ne saurait y trouver aucune règle sur la preuve que doit apporter la femme quand elle demande à reprendre la valeur de propres imparfaits. D'autre part l'attribution que

fait la loi à la masse des créanciers, en vertu d'une présomption absolue, des propres parfaits qui se retrouvent en nature mais dont l'identité ne résulte pas d'un acte authentique, n'est aucunement inconciliable comme le fait remarquer M. Bufnoir (S. 89, 1, 465) avec les droits que la femme peut avoir en qualité de créancière d'une reprise. En affirmant le contraire, la jurisprudence ajoute à l'art. 560. Tout ce qu'il décide c'est que la femme perd la propriété des effets mobiliers dont s'agit, et ne peut en opérer distraction au préjudice de la masse. Mais il laisse intacte la question de savoir si elle peut se porter créancière de leur valeur.

Cette faculté n'étant pas prohibée par un texte formel, il reste à voir si elle se concilie avec les principes généraux et si elle est possible en principe ; l'affirmative ne saurait faire doute.

Il en est du mobilier dont parle l'art. 560 C. com. comme des choses fongibles comprises dans l'apport en mariage de la femme ou qu'elle recueille par succession ou donation pendant le mariage. La communauté, le mari, les créanciers n'en deviennent propriétaires qu'à charge d'en restituer la valeur. Le patrimoine du mari ou l'actif de la faillite s'augmente d'un article, mais le passif porte l'indication d'une dette correspondante. La créance d'indemnité reconnue à la femme est justement le correctif équitable et nécessaire de la mesure édictée pour la protection légitime des créanciers (M. Buf-

noir, S. 89, 1, 465). C'est dans cette idée que la femme trouve le principe d'une action personnelle, à défaut d'action réelle.

On a dit aussi dans notre sens que la femme trouvait le principe d'une action personnelle dans la faute commise par le mari, administrateur des biens de la femme, lorsqu'il négligeait de lui préparer des moyens de preuves authentiques (M. Planiol, note sous Caen, 26 mars 1890; S. 90, 2, 21). M. Bufnoir dit en ce sens : « Il est injuste d'annihiler à l'égard des créanciers ce recours qui, sous la forme d'une action en reprise, n'est au fond qu'une action en indemnité à raison de la faute commise par le mari dans l'administration des biens de la femme. » Nous n'admettrions cette idée que sous le bénéfice des observations suivantes : 1° Pour le mobilier apporté en mariage, la femme ne saurait reprocher à son mari sa négligence : elle était libre de se préparer les preuves exigées, notamment de faire établir dans le contrat de mariage une description convenable de son mobilier présent réservé propre; 2° la responsabilité du mari ne se comprend pas sous le régime de la séparation de biens où la femme conserve la gestion indépendante de sa fortune. L'idée de faute est donc insuffisante à ces deux points de vue; 3° enfin nous ne sommes pas bien convaincus que les créanciers devraient subir les conséquences d'une faute du mari. Autant on comprendrait le recours de la femme contre son mari

quand elle n'est en conflit qu'avec lui, autant ce recours paraît peu justifié si les créanciers en souffrent, bien que non responsables. Nous préférons nous en tenir à cette considération que la femme est devenue créancière au moment où elle a cessé d'être propriétaire.

Sans doute, permettre à la femme d'opérer une reprise en argent, et avec la garantie de son hypothèque légale, lorsque le défaut d'inventaire l'empêche de revendiquer, c'est reconnaître, comme dit M. Planiol, « une sorte de retour de la loi sur elle-même ». On sent bien que la femme, armée de son hypothèque, reprendra souvent, sur les immeubles du mari, une valeur égale à celle que la loi attribue aux créanciers, en déclarant le mobilier acquis à ces derniers, mais ce n'est qu'un « accident » qui n'a pas d'influence sur la règle de droit. La vérité même est que, le plus souvent, la reprise en valeur sera moins avantageuse pour la femme que la reprise en nature. Son hypothèque légale n'est une garantie efficace que si le mari a des immeubles et si elle vient en ordre utile; comme créancière chirographaire, la femme ne peut espérer qu'un dividende ordinairement faible. Les créanciers souffrent donc moins de sa collocation comme créancière que de son prélèvement comme propriétaire. On comprend ainsi en raison que l'action personnelle lui soit accordée à défaut de l'action réelle.

Enfin, il n'est pas impossible de trouver des

textes qui réservent à la femme un recours contre le mari quand elle ne peut, à cause des créanciers, se faire attribuer en nature les biens auxquels elle a droit. Le plus formel est l'art. 1519 C. civ. Supposant un préciput à un époux en cas de survie, ce texte dispose que les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux survivant contre l'autre; et s'il s'agit de la femme, elle peut produire pour la valeur du préciput à l'ordre ouvert sur les immeubles du mari.

Au point où nous sommes arrivé, nous avons établi ceci : l'art. 560 C. com. a trait à l'hypothèse d'une revendication; on n'y peut trouver aucune règle sur la preuve à faire quand il s'agit de la reprise en valeur des effets mobiliers apportés par la femme au mari, ou qui lui sont advenus depuis le mariage à titre gratuit. Par conséquent, on ne saurait le généraliser pour soutenir que la loi des faillites exige, dans tous les cas, les mêmes preuves de la consistance des biens meubles ou immeubles, soit qu'elle en réclame la valeur ou le prix d'aliénation.

L'argumentation de la jurisprudence étant reconnue vaine, la question reste intacte de savoir quelles preuves la femme doit produire à l'appui de sa créance de reprises. Aucun texte de la section : *Des droits des femmes* ne règle ce point. L'art. 563 dispose seulement pour la preuve de la réception par le mari des valeurs dotales; encore n'est-il

jamais applicable à la femme qui se présente comme simple chirographaire. Dès lors, c'est le droit commun qu'il faut appliquer à la femme, dans la faillite comme dans la déconfiture. Quel est-il, ce droit commun?

Si la femme réclame le prix de propres aliénés, il lui suffira, pour établir son droit à reprise, de prouver : 1° l'acquisition qu'elle avait faite du bien aliéné; 2° l'aliénation postérieure, sans être soumise aux formalités plus ou moins rigoureuses des art. 558 et 559 C. com.

Si la femme réclame la valeur de propres imparfaits compris dans son apport en mariage ou recueillis pendant le mariage par succession ou donation, la jurisprudence lui impose la preuve de leur importance par acte authentique, conformément à l'interprétation qu'elle donne des art. 1499, 1504 et 1510 combinés; il n'y a pas de distinction à faire, affirme-t-elle, suivant qu'il s'agit d'une reprise en nature ou d'une reprise en valeur.

Avec cette opinion, il importe peu que l'art. 560 C. com. doive ou non être entendu comme réglant une reprise en valeur aussi bien qu'une reprise en nature : de quelque côté qu'elle se tourne, la femme n'échappera pas à l'exigence de l'acte authentique.

Mais nous savons aussi que cette opinion n'est pas acceptée de tous les arrêts et de tous les auteurs. Certains pensent que la loi n'exige pas un inventaire authentique, mais seulement un inventaire

régulier. Cette opinion paraît particulièrement bien justifiée, quand il s'agit d'une reprise en valeur. On sait, en effet, que c'est de l'art. 1540 C. civ. que la jurisprudence prétend argumenter pour exiger l'authenticité de l'inventaire constatant les apports. Or, cet article n'a trait, de quelque manière qu'on l'interprète, qu'à l'hypothèse d'une demande en distraction élevée par l'un des époux contre les créanciers de l'autre ; s'il convient de tenir compte de l'argument qu'il fournit, il faut bien se garder de l'étendre à un cas où la femme ne se réclame que d'un droit de créance.

Le système de la Cour suprême est même radicalement renié par une théorie adverse qui autorise la femme, quand elle se présente comme simple créancière, à justifier sa prétention par tous les moyens de preuve du droit commun, et même par la commune renommée, comme elle le pourrait faire à l'égard du mari (ce qui est accepté de tous, au moins relativement au mobilier futur). Il n'est pas besoin de remarquer combien cette théorie fait avantageuse la situation de la femme créancière en comparaison de celle de la femme revendi-
quante. Toutes les fois que la reprise en nature sera possible, elle met deux droits à la disposition de la femme d'un failli : 1^o un droit de revendication soumis aux conditions d'exercice réglées par les art. 557 à 560 C. com. ; 2^o et si elle n'a pu se procurer les preuves exigées pour cette reprise,

un droit de créance pour tempérer la perte qu'elle subira.

En résumé, si la femme d'un failli se présente comme créancière de ses reprises, c'est dans le Code civil qu'il faut chercher à quelles conditions elle aura le droit d'exercer sa créance (nous continuons à supposer qu'elle n'invoque pas son hypothèque légale). Ce n'est pas à dire que ces conditions soient inscrites dans la théorie générale des preuves ; au contraire, cette théorie doit être laissée de côté quand il s'agit de reprises matrimoniales. Les seules règles applicables alors, et qui constituent un système complet, sont celles des art. 1499, 1504 et 1510 C. civ. C'est là le droit commun, quand il est question de la preuve des reprises matrimoniales ; il est bien plus étroit que la théorie générale des preuves, si l'on suit l'interprétation de la jurisprudence ; il est plus large et plus commode, si l'on admet l'interprétation de M. Bufnoir. Dans le premier système, la femme est moins favorisée que tout autre créancier chirographaire, mais peut-être l'intérêt des tiers justifie-t-il cette rigueur. Dans le second système, c'est l'inverse : la femme peut user d'un moyen de preuve, la commune renommée, que les créanciers ordinaires n'ont jamais à leur disposition.

La solution à laquelle nous arrivons ainsi, en soumettant à des conditions souvent différentes l'exercice d'une reprise en nature et l'exercice d'une

reprise en valeur, donne satisfaction à cette idée qu'il est conforme à la raison de se montrer plus sévère à l'égard de la femme quand elle se présente comme propriétaire que quand elle se prévaut d'un droit de créance. L'actif demeure intact dans ce dernier cas, et si la collusion est à craindre entre époux, c'est plutôt par une création fictive de propres que par l'exagération du chiffre des reprises réelles.

III. — *De la femme créancière hypothécaire.*

Lorsque, au soutien de ses créances, la femme fait valoir son hypothèque légale, la loi commerciale, dans certains cas, lui impose des exigences et lui fait subir des restrictions que le droit commun ignore. C'est l'objet de l'art. 563.

Mais nous devons d'abord observer qu'il n'a d'application que si le mari était commerçant lors du mariage, ou si, n'ayant pas, à cette époque, de profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année.

En dehors de ces hypothèses, la femme du failli exerce ses droits hypothécaires, comme celle du non-commerçant, et les créanciers d'une faillite ne sont pas mieux protégés contre son hypothèque légale que les créanciers d'une déconfiture.

Le point de savoir si les conditions requises pour l'application de l'art. 563 sont ou ne sont pas réunies, pourrait faire l'objet d'un débat entre la femme

et les créanciers, comme lorsqu'il s'agit de l'application de l'art. 564 : ce que nous avons dit à ce sujet, à l'occasion de ce dernier article, trouverait ici son utilité.

En principe, la femme qui se prévaut de son hypothèque légale n'a pas à justifier ses créances autrement que si elle produisait comme chirographaire.

Une seule exception à cette règle :

Quand il s'agit de deniers et effets mobiliers apportés en dot ou advenus à la femme depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, elle ne peut en prouver la délivrance ou le paiement au mari que par acte ayant date certaine antérieure au jugement déclaratif de faillite. C'est sur ce point spécial de la réception par le mari des deniers ou effets mobiliers propres que porte l'exigence de la loi commerciale. Nous avons vu que la preuve de la réception peut être fournie par tous moyens quand la femme ne prétend qu'à un dividende chirographaire. La loi a jugé utile d'imposer un acte ayant date certaine quand elle réclame une collocation hypothécaire ; « elle considère comme frauduleuse une quittance de date postérieure à la déclaration de faillite » (M. Boistel). Le but de la disposition est évident : c'est d'éviter la création, après coup, de quittances de valeurs que le mari n'aurait pas touchées.

Le Code de 1807, plus rigoureux encore, exigeait

une quittance authentique; et c'est encore la disposition formelle de quelques lois étrangères (Belgique, Italie).

Quelquefois, le même acte fournira à la femme la preuve de la consistance de ses deniers et effets mobiliers et celle de leur délivrance au mari. Ainsi, le contrat de mariage de la femme peut contenir non seulement l'indication de ses apports, mais une déclaration faite par le mari qu'il s'en charge et consent à en devenir débiteur; ou bien un partage de succession, signé du mari et de la femme, contient une mention que les parties se reconnaissent en possession des sommes et valeurs attribuées à chacune d'elles; l'approbation donnée par le mari à cette mention constituera, au profit de la femme, preuve de la délivrance aux mains du mari des effets compris dans le lot de la femme.

D'autres fois, l'acte se bornera à constater la réception par le mari des biens dotaux appartenant à sa femme. Ainsi en sera-t-il de la quittance que le mari, conformément à l'art. 1502 al. 2 C. civ. remet à la femme débitrice en vertu d'une clause d'apport; dans ces hypothèses, l'exigence de la loi n'est pas bien rigoureuse, et il est facile à la femme de s'y soumettre. Mais il en est d'autres où, normalement, ce n'est pas à la femme que le mari doit remettre la quittance qu'il délivre et où la disposition de la loi ne se comprend guère. Ainsi, une dot est constituée à la femme par un tiers, parent

ou étranger, et stipulée payable à terme. Le mari la reçoit pendant le mariage. C'est au constituant, bien entendu, qu'il remet la quittance. De même, le lot attribué à la femme dans un partage de succession comprend des créances sur des tiers : comment la femme aurait-elle en mains la preuve, par acte ayant date certaine, du paiement de ces créances, si la quittance n'est pas faite devant notaire et en minute ? De droit commun, il lui suffirait d'établir son droit à certaines créances pour que le mari fût obligé de restituer les titres de ces créances, ou les sommes provenant de leur remboursement. Sa qualité d'administrateur de la fortune de la femme lui imposait le devoir de veiller aux rentrées de fonds ; c'est à lui qu'il appartiendrait de rendre ses comptes. Encore, si l'on impose à la femme la preuve de la réception, il semblerait juste de l'admettre à user de tous les modes de preuves, des présomptions surtout, puisqu'il s'agit d'un fait purement matériel. Si l'intérêt des créanciers exige des restrictions à cette liberté, et s'il convient de limiter les modes de preuve, il semble que ces restrictions ne devraient s'appliquer qu'aux effets mobiliers dont la femme était débitrice personnelle. Aussi, loin de désirer l'application de cette règle exorbitante aux liquidations civiles, nous serions plutôt d'avis de la supprimer, même en droit commercial. Il nous semble préférable d'admettre une complète liberté de preuves, sauf au juge à apprécier la sincérité de la valeur des témoignages ou

des titres : un acte écrit est parfois moins probant qu'une présomption tirée des circonstances, parce qu'il peut n'être, de la part du mari, qu'un aveu mensonger.

Quoi qu'il en soit, la femme, — dans l'hypothèse prévue par l'art. 563, — est privée de la garantie de son hypothèque légale, lorsqu'elle ne peut prouver la réception de la dot au moyen d'un acte ayant acquis date certaine avant la faillite (1).

La jurisprudence admet sans difficulté, depuis longtemps, que la clause du contrat de mariage portant que la célébration du mariage vaudra quittance aux donateurs, fait preuve de la réception de la dot par le mari. Le contrat de mariage est l'acte à date certaine exigé par la loi. Il contient quittance préparée à l'avance, dont la vertu libératoire résultera de la célébration du mariage.

C'est uniquement pour la réception de la dot et des effets mobiliers provenant de succession ou de donation que la loi exige un acte ayant date certaine. Il ne convient pas d'ajouter au texte.

Cette exigence n'est pas applicable s'il s'agit de prouver la réception du prix de propres aliénés. Il suffira que la femme prouve : d'une part, l'aliénation, et, d'autre part, que cette aliénation a eu lieu

(1) Cass., 21 nov. 1887 ; S. 90, 471 : l'inscription par le mari sur ses registres d'un encaissement fait pour le compte de la femme est insuffisante pour constituer la preuve exigée par l'art. 563.

pendant le mariage. (Cass., 27 déc. 1852; *Journ. trib. com.*, t. II, n° 802.)

Quand elle a justifié de la réunion des conditions d'existence de sa créance et des conditions d'exercice de son hypothèque, la femme du failli n'est pas admise, — comme celle du non-commerçant, — à faire valoir son hypothèque sur tous les immeubles du mari; elle peut atteindre seulement les immeubles qui appartenaient au mari à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui sont advenus depuis par succession ou donation. Par suite, restent affranchis de l'hypothèque légale, les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage. Cette disposition écarte la combinaison frauduleuse qui aurait porté le mari à transformer en immeubles ses capitaux disponibles, en prévision de sa ruine prochaine, afin d'assurer à sa femme l'intégralité de ses reprises et de la faire échapper à la loi du dividende. Le Code de 1807 restreignait même l'hypothèque de la femme aux seuls immeubles appartenant au mari lors du mariage. L'acquisition à titre de donation était considérée comme pouvant déguiser une opération à titre onéreux; l'acquisition à titre héréditaire permettant au mari de se faire attribuer, dans le partage, des immeubles de préférence à des meubles, afin d'étendre la garantie hypothécaire de sa femme. C'était aller chercher la fraude bien loin. Le législateur de 1838 n'a pas jugé à propos de se montrer aussi rigoureux.

C'est la date certaine et le mode d'acquisition de l'immeuble que la loi prend en considération. Pour les immeubles acquis à titre onéreux antérieurement au mariage, il n'y a donc pas lieu de distinguer si le prix n'en a été payé que pendant le mariage. « Sans doute, dit M. Labbé (Note sous Cassation, 26 janvier 1876; S. 76, 1, 241), l'intention dominante du législateur est de soustraire à l'hypothèque légale les immeubles achetés avec les deniers du commerce. Mais il n'a pas imposé aux juges la tâche de rechercher si l'équivalent fourni pour l'acquisition d'un immeuble par le mari a été ou non pris dans l'actif commercial au détriment de son commerce. »

En nous inspirant de l'esprit de la loi, nous présenterons comme il suit la solution de diverses questions controversées relatives au point de savoir si tels immeubles sont ou non frappés par l'hypothèque légale.

L'hypothèque ne s'étendra pas, à notre avis, sur la totalité de l'immeuble dont une partie seulement appartenait au mari lors du mariage ou lui est advenue depuis par succession ou donation, et dont l'autre partie a été acquise par lui, à titre de licitation, pendant le mariage.

On objecte en vain « l'effet absolu » de l'art. 883 C. civ., consacré par la jurisprudence (Cass., 10 nov. 1869; S. 70, 1, 5). Un seul fait est à considérer. Une partie de l'immeuble a été acquise à titre oné-

reux. Aucune fiction ne détruira ce fait : c'est tout ce qui importe. C'est une inexactitude de prétendre que rien ne fait supposer dans l'art. 563 une dérogation aux principes du Code civil. Cette dérogation résulte implicitement, mais clairement, de la distinction que l'article fait entre les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage et ceux acquis à titre gratuit.

L'hypothèque s'étend aux constructions élevées sur le fonds qu'elle grève. Si le mari a fait édifier pendant le mariage des constructions susceptibles de procurer une plus-value sur un bien acquis à titre gratuit ou possédé lors du mariage, faut-il admettre que l'hypothèque légale de la femme s'étend aux constructions? Nous ne le pensons pas. L'édification de constructions sur un terrain frappé de l'hypothèque légale serait un moyen tout aussi simple pour le mari d'augmenter la garantie hypothécaire de sa femme, que l'acquisition à titre onéreux d'immeubles nouveaux. On ne peut argumenter de la règle : *Superficies solo cedit*. Elle n'a pas d'application, car c'est moins une question de droit qu'une question de fait qui est en jeu : il y a eu, pendant le mariage, amélioration d'un bien du mari frappé de l'hypothèque légale, et cette amélioration a coûté au mari un déboursé. S'il en est ainsi, l'esprit de l'art. 563 C. com. conduit à décider que l'hypothèque de la femme ne frappe pas la construction; à cette solution le texte d'ailleurs ne fait

pas obstacle (cf. Grenoble, 8 mars 92; D. 92, 2, 205).

Dans les deux hypothèses que nous venons d'indiquer, il sera fait ventilation du prix de vente de l'immeuble, et la femme ne sera payée, par préférence, que jusqu'à concurrence d'une partie de ce prix.

Appendice : Reprise du capital d'une assurance sur la vie.

Aux questions étudiées dans les chapitres précédents se rattache celle de savoir si la femme d'un failli peut prétendre, et à quelles conditions, au capital d'une assurance sur la vie qui lui était destinée. Nous traitons cette question sous forme d'appendice à raison du caractère spécial du contrat d'assurance sur la vie, mais elle offre un intérêt pratique considérable. C'est surtout dans la classe des commerçants et des industriels que l'assurance sur la vie est en honneur. Plus que d'autres ils sont exposés à subir des revers de fortune au moment où ils se croyaient en mesure de mettre leurs proches à l'abri du besoin. Ils recherchent dans l'assurance un moyen de protéger leur famille contre une ruine imprévue, et de créer un capital préservé des poursuites des créanciers. Nous allons voir si la loi se montre hostile à ces combinaisons qu'inspire la prévoyance et non plus la fraude.

La question se présentera dans une faillite après décès, ou si le mari meurt pendant les opérations de la faillite. Nous n'envisagerons ici que l'assurance

en cas de décès, la plus fréquente de toutes, c'est-à-dire celle par laquelle l'assureur s'engage à remettre une somme déterminée au bénéficiaire désigné, au moment du décès soit de l'assuré, soit de telle autre personne désignée. Mais ce que nous en dirons s'appliquera aussi à l'assurance mixte dans laquelle le capital assuré est payable au bénéficiaire assuré lui-même s'il vit à telle époque, ou en cas de décès avant cette époque, à ses héritiers ou à telle personne qu'il aura choisie : l'assurance mixte en cas de prédécès du bénéficiaire avant le terme fixé devient une simple assurance en cas de décès.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° La femme a négocié elle-même l'assurance pour son propre compte. En prévision de la gêne que la mort prématurée du mari pouvait lui causer, elle a stipulé d'une compagnie d'assurances qu'il lui serait payé lors du décès de son mari, si elle lui survivait, une somme déterminée, moyennant le versement de primes annuelles;

2° L'assurance a été contractée par le mari pour le compte de sa femme. Désireux d'assurer après lui le sort de sa femme survivante, il a stipulé d'une compagnie que lors de son décès un certain capital serait payé à sa femme.

Dans le premier cas la femme est à la fois le bénéficiaire et l'assuré.

Dans le deuxième cas le mari est l'assuré, la femme le bénéficiaire.

Première hypothèse. — La femme tient de son contrat une créance contre la compagnie d'assurances; créance subordonnée à la condition de survie de la femme au mari, mais qui sera censée avoir pris naissance dès l'époque du contrat, par effet rétroactif, si la condition se réalise (1).

C'est une créance acquise à titre onéreux pendant le mariage. Y a-t-il lieu de faire l'application de l'art. 559 C. com.? Faute par la femme de prouver qu'elle ne tient pas d'une libéralité ou d'un prêt du mari les deniers qui ont servi à payer les primes, faudra-t-il dire qu'elle doit laisser tomber dans l'actif de la faillite le capital de l'assurance?

Nous ne croyons pas l'art. 559 C. com. applicable à la reprise du capital d'une assurance sur la vie; il ne statue que pour les acquisitions ordinaires; par vente, échange, etc., et suppose des opérations que le mari aurait dû faire pour son propre compte. Or, le mari n'est pas tenu, comme dit M. Labbé (note Sirey, 80, 2, 249) d'assurer sa vie au profit de ses créanciers. Bien plus, le contrat d'assurance est essentiellement un contrat d'indemnité. La femme veut se garantir du préjudice que peut lui causer la mort du mari; comment peut-on songer à transporter le bénéfice d'un pareil contrat à des créanciers qui ne souffrent aucun dommage direct de la mort de leur débiteur?

(1) Quelques tribunaux ont affirmé que la créance ne se forme qu'au décès du mari. Cette opinion nous paraît inexacte.

La femme pourra donc, à notre avis, prétendre au capital assuré, sans avoir à prouver préalablement que les primes n'ont pas été payées des deniers du mari : ceci dit, en principe, en réservant les règles spéciales de tel ou tel régime matrimonial, et notamment de l'application de la présomption mucienne; nous n'avons ici qu'un point à établir : c'est que l'art. 559 C. com. ne contient pas, pour cette hypothèse, l'exigence d'une preuve d'origine des deniers, préalable à la reprise.

Mais s'il est établi que les primes ont été payées par le mari, les créanciers auront-ils le droit d'en réclamer le remboursement? Un doute peut naître sur l'affirmative, si l'on considère que le plus souvent, les primes, à raison de leur faible importance, auront été prélevées par le mari sur ses revenus. Si le mari n'avait pas employé à cette destination cette part de revenus, il l'aurait dépensée *lautius vivendo*. Il ne s'est pas appauvri du montant des primes payées, et peu importe aux créanciers lequel, du mari ou de la femme, a tiré profit des sommes dépensées, puisqu'en aucun cas ils ne devaient s'attendre à les retrouver dans leur gage.

Ces considérations sont exactes. Sans doute les primes d'assurance sont, en général, charge des revenus; néanmoins, nous pensons que la femme en devra toujours restitution lorsqu'elle ne les aura pas payées sur sa fortune propre. L'accumulation de ces primes, si minimes soient-elles, constitue une libéra-

lité du mari à la femme, et à ce titre doivent être réunies à l'actif de la faillite du mari. Les créanciers se trouvent ainsi, il est vrai, profiter d'un émolument inattendu, mais légitime. Il y aura lieu de faire état du montant des primes données par le mari à la femme, comme des sommes qu'il aurait pu économiser sur ses revenus et placer dans une caisse d'épargne. On objectera peut-être qu'il n'est pas dans l'esprit du législateur de considérer comme des libéralités les donations faites par une personne au moyen d'un prélèvement sur ses revenus : il ne les soumet pas au rapport. Par suite, il ne convient pas de les révoquer de plein droit au profit de la masse en cas de faillite du donateur. Cet argument ne nous touche pas. Imposer à un héritier, sous prétexte d'égalité, le rapport de libéralités qui ne l'ont pas sensiblement enrichi, c'eût été bien souvent lui imposer un prélèvement sur son capital, et le laisser en définitive dans une situation moins favorable que ses cohéritiers. La dispense du rapport est alors une sage mesure. Mais la femme, obligée de restituer à ses créanciers impayés, les primes d'une assurance dont elle touche le capital, est toujours à même de supporter le sacrifice qu'on lui impose, et s'enrichit toujours, parce que le montant des primes est loin d'égaliser la somme assurée.

Deuxième hypothèse. — C'est le mari qui a contracté l'assurance et a désigné sa femme comme

bénéficiaire (1). Deux manières s'offrent à lui de réaliser l'opération.

1° Contracter l'assurance au profit de sa femme, sans se réserver aucun droit. La femme, qui accepte, dans ce cas, acquiert un droit propre et direct sur le capital assuré qu'elle tient non de son mari, mais du contrat même (Arg. art. 1121 cbn. avec 1165) : le bénéfice de l'assurance ne figure à aucun moment dans le patrimoine du mari.

Quel est le caractère de l'opération faite par le mari quand il traite une assurance au profit de sa femme? On peut dire qu'il fait un acte de prévoyance que lui commandent ses devoirs de chef de famille, et qui n'implique pas l'*animus donandi* (Reims, 1887; *Journ. des Assur.*, 1887, p. 456). Mais il paraît plus naturel d'y voir une libéralité (Paris, S. 90, 2, 231); il est vrai que d'après cette même jurisprudence le capital assuré n'a jamais fait partie du patrimoine du mari (Lyon, 31 janvier 1891; *Journ. des Assur.*, 1891, p. 138), et qu'il semble contradictoire d'affirmer l'existence d'une donation quand il n'y a pas appauvrissement. Mais il n'en est pas moins vrai que le bénéficiaire de l'assurance se trouve « approprié d'une valeur pour laquelle il n'a rien fourni ».

(1) Ou bien la femme a été désignée par un avenant postérieur au contrat primitif, le modifiant, mais emportant novation, et mettant les choses au même état que si le bénéficiaire avait été désigné par la police même.

S'il y a libéralité, quelle en est l'étendue? Ce point ne peut être tranché *à priori*; c'est l'intention des parties qu'il faut considérer. Comme l'observe M. Labbé (texte cité), le mari peut avoir voulu faire une opération qui, pour la totalité des avantages qu'elle procure à la femme, soit une libéralité; ou bien seulement fournir gratuitement sur les revenus dont il dispose les ressources dont sa femme avait besoin pour accomplir cet acte de sage prévoyance.

Si l'acte offre le caractère d'une donation, dont l'objet sera plus ou moins étendu selon les circonstances, convient-il d'en prononcer la révocation au profit de la masse et d'attribuer aux créanciers le capital assuré? Non. La révocation des donations faites entre époux pendant le mariage a pour but d'éviter aux créanciers une diminution de leur gage; or l'actif de la faillite n'est pas diminué, du montant de l'assurance, dans l'hypothèse que nous examinons; car l'avantage créé au profit de la femme n'a jamais fait partie du patrimoine du mari (Cass., 23 juillet 1889; S. 90, 1, 5 et Cass., 8 août 1895; *Journ. du Pal.*, 95, p. 245) (1). Pour reconstituer le patrimoine tel qu'il serait si l'assurance n'avait pas été contractée, il suffira d'imposer à la femme la restitution des primes versées par le mari. Le montant des primes représente exacte-

(1) Paris, 10 mars 1896.

ment l'importance des valeurs sorties du patrimoine du mari et qui doivent y rentrer au regard de la masse. Tel est le sentiment de la Cour suprême. Cependant elle n'impose pas de façon catégorique et absolue la restitution des primes ; il y a lieu de tenir compte des circonstances, dit-elle, sans ajouter de quelles circonstances. Sans doute la Cour de cassation n'imposerait pas la restitution des primes si elles avaient été payées au moyen de légères privations sur les dépenses quotidiennes ; nous avons plus haut rejeté ce tempérament.

2° Le mari peut aussi avoir stipulé en son nom, et avoir acquis contre la Compagnie une créance dont il se réservait le bénéfice et la disposition pendant un certain temps. Puis il en a disposé au profit de sa femme.

Dans cette hypothèse, le mari a eu droit au capital assuré avant de désigner sa femme comme bénéficiaire en ses lieu et place. La créance a figuré dans son patrimoine, et s'il n'avait désigné nominément aucun bénéficiaire, elle aurait fait partie de sa succession. En transmettant à sa femme le bénéfice de l'assurance, le mari s'est véritablement appauvri, et il nous semble que la révocation de la donation doit être prononcée au profit des créanciers. Le capital assuré redeviendra leur gage pour la totalité.

Le sort du contrat dépendra donc de la forme dans laquelle il aura été passé ; irrévocable dans le

premier cas, l'attribution à la femme du bénéfice de l'assurance sera détruite dans le deuxième. En pratique, la police d'assurance est presque toujours rédigée de façon à ce que le contractant conserve sa vie durant la libre disposition du bénéfice de l'assurance ; c'est l'intention bien naturelle du souscripteur de ne conférer de droit définitif à un tiers que pour l'époque qui suivra son décès. Aussi sera-t-il assez rare que la femme ait un droit supérieur à celui des créanciers. Il est cependant à remarquer qu'un mari peut employer, sans inconvénients, la première rédaction signalée plus haut, quand c'est la femme qu'il désigne comme bénéficiaire de l'assurance ; les donations entre époux étant essentiellement révocables, ce ne sera pas, le voudût-il tout d'abord, un droit définitif qu'il aura concédé à la femme sur le capital assuré. Il pourra concilier son désir de rester maître du contrat pendant sa vie, avec l'avantage, pour la femme, d'avoir un droit opposable aux créanciers de son mari.

La jurisprudence paraît incliner dans le sens des solutions que nous venons d'exposer, mais elle est loin d'avoir acquis la stabilité et la précision désirables sur les différents points de la question. Un projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre des députés, le 19 novembre 1889, par M. Lockroy et pris en considération le 22 mars 1890, permettrait à la femme de retirer, dans tous les cas, le capital assuré, sans avoir à craindre l'intervention

des créanciers du mari. L'art. 14 de ce projet porte : « La somme stipulée payable par suite du décès appartient à la personne désignée dans le contrat, sans préjudice des règles du droit civil, relatives au rapport et à la réduction du chef des versements faits par l'assuré. »

Les solutions que nous avons données supposent, si les époux sont mariés en communauté, que l'assurance contractée par l'un d'eux au profit de l'autre constitue un propre pour ce dernier et ne tombe pas dans l'actif de la communauté. C'est l'opinion de la jurisprudence, fondée plutôt sur des considérations de fait que sur des principes de droit. Mais si l'on décide que la créance contre la Compagnie d'assurances est une valeur commune, il est certain qu'elle fera partie du gage des créanciers du mari, comme tous les autres biens de la communauté.

En résumé, la femme du failli devra restituer à l'actif de la faillite tantôt le capital assuré, tantôt les primes acquittées, et elle ne sera dispensée de toute restitution que si les primes ont été payées de ses propres deniers.

La femme d'un non-commerçant qui n'a pas à subir l'application de l'art. 564 et l'extension qui en est faite aux donations entre époux postérieures à la célébration du mariage, ne sera tenue à aucune restitution, soit des primes, soit du capital, tant que les créanciers n'auront pas démontré l'existence de la fraude dans le contrat d'assurance passé

par le mari au profit de sa femme. Au cas de faillite, la fraude étant présumée, la révocation des libéralités que le mari a faites à la femme a lieu de plein droit.

SECTION. 4^e. — INACTION DE LA FEMME. — DROITS
DES CRÉANCIERS.

Nous avons supposé jusqu'ici que la femme, après avoir demandé ou non la séparation de biens, exerçait ses droits à l'encontre des créanciers. Mais il est possible qu'elle reste inactive et ne juge pas à propos d'invoquer son titre de propriétaire ou de créancière (1). La situation sera simplifiée : les syndics réaliseront l'actif et le partageront entre les créanciers sans se préoccuper de la femme. Cette attitude, d'ailleurs, n'empêchera pas la femme de demander compte à son mari, s'il revient à meilleure fortune, de tous ses droits et reprises. Mais per-

(1) Il peut arriver que la femme n'ait aucun droit à exercer dans la faillite de son mari, parce qu'elle a eu soin de se mettre à l'abri du désastre par une séparation de biens obtenue en temps utile, suivie du paiement intégral de ses reprises. En pareil cas, la dation en paiement qu'a pu faire le mari à sa femme, pour lui tenir lieu de ses reprises, pourra être annulée par application des art. 446 et 447 C. com., si elle a eu lieu postérieurement à la cessation des paiements, et s'il est constant que la femme connaissait la situation désespérée de son mari et voulait se faire une situation meilleure que celle des autres créanciers (cf. Cass., 17 juin 1884; S. 86, 1, 154).

sonne ne pourra lui faire grief de laisser sombrer sa fortune personnelle dans le désastre du mari, — sauf ses créanciers.

Les créanciers personnels de la femme sont fondés à exercer dans la faillite tous les droits et actions de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 1446). Il en est de même en cas de déconfiture. Parmi ces créanciers, figurent les créanciers du failli, à l'égard desquels la femme s'est portée caution : ils peuvent réclamer, de son chef, les dividendes afférents aux créances de toute nature de la femme, alors même qu'elle reste inactive et n'a pas fait procéder à la liquidation de ses droits.

Mais quelle est, précisément, l'étendue de cette prérogative accordée aux créanciers de la femme ? La question est controversée.

On soutient, dans un premier système, qu'ils ont le droit de demander la séparation de biens à leur profit, ce qui ne fait pas obstacle, à l'égard de tous autres, au maintien du régime matrimonial ; la communauté étant dissoute, les créanciers peuvent l'accepter ou y renoncer du chef de leur débitrice, et, après liquidation, se payer de leurs créances sur la toute propriété des biens de la femme.

Un second système soutient, au contraire, que les créanciers de la femme ne sont jamais admis, même en cas de faillite ou de déconfiture, à faire dissoudre le régime matrimonial sans son consen-

tement. L'art. 1446, 2^e alinéa, a seulement pour but d'empêcher que les créanciers de la femme ne deviennent victimes d'une collusion entre les époux, et il les autorise à exercer les droits qui appartiennent actuellement à leur débitrice, mais sans demander la séparation de biens. Ces droits sont très importants. La femme peut reprendre ses immeubles ou ses meubles propres en nature, pour empêcher qu'ils ne soient vendus. Elle peut exercer, dans la faillite, les créances qu'elle a contre le mari, se faire colloquer dans les distributions et les ordres ouverts sur le mari; ses créanciers auront les mêmes droits, mais devront se soumettre aux mêmes conditions de preuve que la femme elle-même. La séparation de biens n'est pas le préliminaire indispensable de l'exercice de ces droits (1). Il n'est pas question de restituer à la femme sa fortune propre, mais de soustraire cette fortune aux créanciers du mari, d'opérer la distinction des deux patrimoines respectifs des époux.

La fortune de la femme mise à part, les créanciers n'auront pas sur ses biens de plus amples droits qu'auparavant. Ils devront respecter l'usufruit marital, puisque le régime conjugal subsiste même à leur égard; ils seront tenus de laisser au mari la jouissance des sommes pour lesquelles ils auront obtenu collocation, et ne pourront pour-

(1) *Supra*, p. 17 et suiv.

suivre le paiement que sur la nue-propriété des biens repris en nature.

On objecte (Aubry et Rau, t. VI, p. 389) « que l'état de déconfiture ou de faillite du mari établissant un conflit direct entre ses créanciers et ceux de sa femme, l'équité s'oppose à ce qu'il retienne au détriment de ces derniers des revenus que les premiers seraient autorisés à saisir. » Mais n'est-ce pas la conséquence du régime matrimonial adopté par les époux, et que les créanciers ont dû connaître en traitant avec la femme? Pour y voir une injustice, il faut commencer par regretter que la séparation de biens ne résulte pas de plein droit de la faillite, ou de l'insolvabilité civile constatée par des saisies. Mais si l'on se place au point de vue de la loi actuelle et qu'on admette la femme seule à provoquer la dissolution du régime matrimonial, il est logique et juste que les créanciers subissent les inconvénients de ce régime pendant toute sa durée.

Lors de la dissolution du régime conjugal, la femme devra déduire de ses reprises, liquidées à cette époque, la valeur des biens saisis par ses créanciers.

CHAPITRE II

Avant la faillite.

Dans cette seconde hypothèse, la condition de la femme du commerçant est gouvernée par les mêmes règles que celles de la femme d'un non-commerçant.

Peu lui importe que son mari se livre au négoce ou s'occupe d'opérations civiles : ce sont les dispositions de son contrat de mariage, inscrites dans la loi ou dans l'acte notarié, qui détermineront l'étendue de son obligation aux dettes du mari ou sa part dans les bénéfices réalisés. Le droit commun sera applicable de tous points, et l'intérêt pécuniaire de la femme à la prospérité des affaires entreprises par le mari apparaîtra plus ou moins marqué, suivant le régime matrimonial adopté par les époux.

Si des difficultés s'élèvent, elles se rattacheront à l'une ou l'autre des trois questions suivantes :

Quelle est la situation de la femme :

- 1^o Quant aux dettes commerciales?
- 2^o Quant aux bénéfices commerciaux?
- 3^o Quant aux modes de preuve exigés d'elle pour la justification de ses entreprises?

§ 1^{er}. — *Dettes commerciales.*

Sous le régime de la communauté légale, les dettes des époux, au jour de la célébration du mariage et celles qu'ils contractent pendant la durée du régime, constituent un élément du passif commun. Il en est ainsi des dettes commerciales comme des dettes civiles. Par conséquent, si le mari était commerçant avant le mariage, les dettes dont il pouvait être tenu à cette époque peuvent être poursuivies sur les biens communs, de même que celles qui prennent naissance depuis cette époque.

A la dissolution de la communauté, si la femme l'accepte, elle demeure tenue de contribuer dans ces dettes pour moitié, sauf à invoquer son bénéfice d'émolument au regard des créanciers comme du mari, si elle n'a pas pris d'engagement personnel; dans le cas où elle a cautionné son mari, elle ne saurait opposer son bénéfice d'émolument aux poursuites des créanciers, mais elle aurait toujours un recours contre son mari pour se faire indemniser de l'excédent de son déboursé sur son émolument.

La communauté d'acquêts est la combinaison des deux clauses de réalisation et de séparation de dettes.

Or, cette dernière clause oblige les époux à se faire raison, lors de la dissolution de la communauté, des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées des deniers communs à la décharge de l'époux

qui en était débiteur; par suite, il sera dû récompense à la communauté, lorsqu'elle aura acquitté les dettes commerciales du mari antérieures au mariage; si ces dettes impayées à la dissolution de la communauté, le sont ensuite par la femme, à la décharge du mari, elle aura recours contre lui ou ses héritiers pour la totalité.

Durant la communauté, la clause de séparation de dettes ne peut être opposée par l'un des époux aux créanciers de l'autre qu'autant qu'il existe un inventaire ou état authentique, permettant de constater l'apport de l'époux débiteur à la communauté; auquel cas ses créanciers doivent limiter leurs poursuites à ses biens personnels, et au mobilier tombé de son chef dans la communauté (art. 1510); dans le cas contraire, ils peuvent poursuivre la communauté tout entière.

Mais c'est un point débattu de savoir si l'art. 1510 ne permet pas aussi au conjoint de l'époux débiteur de forcer les créanciers qui ont action sur les biens communs à respecter ceux de ces biens qu'il prouve, par acte authentique, être provenus à la communauté de son chef, — spécialement la femme, si elle avait la preuve authentique de la consistance de sa fortune au jour du mariage, pourrait-elle soustraire cette fortune, tombée en communauté, par hypothèse, aux créanciers du mari, qui n'aurait pas fait inventaire de son apport à la communauté?

Si l'on admet, et c'est notre opinion, que l'inventaire n'est exigé par la loi que pour empêcher la confusion entre les biens apportés par les deux époux, il convient de décider par l'affirmative la question précédente ; les créanciers doivent s'arrêter devant la preuve, régulièrement faite, que les biens qu'ils se disposaient à saisir ne proviennent pas de leur débiteur.

Ceux qui pensent, au contraire, qu'à défaut d'inventaire la dette antérieure au mariage devient dette de communauté doivent décider que l'inventaire des biens apportés par la femme ne saurait empêcher l'action des créanciers du mari sur cet apport.

Si le fonds de commerce est propre au mari, il devra récompense de toute dette, acquittée par la communauté, qui aurait été contractée en vue de la conservation ou de l'amélioration de ce fonds ; et si c'était la femme qui fût obligée d'en faire l'avance après la dissolution du régime, elle pourrait en demander au mari remboursement pour la totalité.

Lors du règlement des intérêts pécuniaires des époux à la dissolution de la communauté, il se présentera souvent la question de savoir si l'époux commerçant doit ou ne doit pas récompense pour la plus-value acquise par l'établissement à lui propre pendant la durée du mariage. La solution sera la conséquence d'appréciations de faits qu'il est impossible d'examiner ici. Comme pour toute question

de récompense, il y aura lieu de rechercher si l'un des époux a tiré un profit personnel aux dépens de la communauté. On peut seulement remarquer qu'il faudra déterminer la part de l'intelligence et de l'activité du commerçant dans cette plus-value, et celle des capitaux puisés dans la communauté.

Si la femme est mariée sous un régime autre que la communauté, séparation de biens, exclusion de communauté, régime dotal pur, elle n'aura jamais à craindre les poursuites des créanciers du mari sur ses biens propres, mais aux deux conditions suivantes : 1° qu'elle ne se soit pas obligée personnellement; 2° qu'elle soit en mesure de représenter aux créanciers un inventaire des meubles lui appartenant; sinon, les créanciers, qui ne doivent pas souffrir de cette confusion, auraient le droit de poursuivre leur paiement sur tout le mobilier des époux indistinctement.

§ 2. — *Bénéfices commerciaux.*

Nous étudierons plus loin les droits du mari sur les bénéfices réalisés par la femme dans un commerce séparé, et nous aurons alors à déterminer la nature exacte des bénéfices commerciaux pour en déduire la solution de questions controversées (*Infra*, p. 190 et suiv.).

Nous dirons que les bénéfices sont à la fois la rémunération du travail, de l'activité du commer-

çant et de l'intérêt des capitaux engagés dans l'entreprise, le prix des risques courus.

De ces principes, il résulte ce qui suit :

Ils tombent dans la communauté d'acquêts comme dans la communauté légale, tant à titre d'acquêts qu'à titre de revenus propres (si l'établissement est propre à l'un des époux).

Sous le régime de séparation des biens, le mari devrait à sa femme l'intérêt des sommes qu'elle pourrait lui confier pour son négoce : une certaine part des bénéfices adviendrait ainsi à la femme, et serait la rémunération de sa commandite de fait.

Sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal, les bénéfices réalisés par le mari dans son commerce lui appartiennent pour le tout, même pour la part représentant l'intérêt de capitaux propres à la femme, puisqu'il a droit aux fruits et revenus des biens de cette dernière. La femme ne profite qu'indirectement de la prospérité des affaires du mari, par le bien-être qui en résulte pour le ménage.

§ 3. — *Preuve des reprises.*

C'est surtout dans l'hypothèse où le mari est commerçant que s'élève en fait la question de savoir à quelles preuves la femme est soumise pour l'exercice de ses reprises, quand elle se trouve en conflit avec les créanciers du mari. Les règles sur ce point sont

contenues dans les art. 1499 et 1504 C. civ. Mais nous les avons déjà exposées en les comparant aux dispositions exceptionnelles des art. 558 à 563 du Code de commerce, *supra*, pages 37 et 78. Nous nous bornerons à un simple renvoi.

DEUXIÈME PARTIE

SITUATION JURIDIQUE DU MARI D'UNE COMMERÇANTE

Les statistiques démontrent la place très importante que la femme occupe dans la vie commerciale ou industrielle, dont toutes les branches lui sont ouvertes. Elle a l'exercice exclusif de certains genres de commerce ; nous ne supposerons pas qu'elle se livre au négoce comme l'auxiliaire ou la mandataire du mari, cette situation sera étudiée plus loin, mais qu'elle fait un commerce séparé, indépendant de celui du mari, qu'elle est incontestablement commerçante.

Nos lois ont prévu cette situation d'une femme commerçante, mais ne la règlent pas expressément dans tous ses détails. Assez rare au commencement du siècle, elle est devenue fréquente de nos jours. Elle offre de l'intérêt sous deux aspects : dans les rapports de la femme avec les tiers, dans les rap-

ports de la femme avec le mari. A l'égard des tiers le commerce soustrait la femme mariée à son incapacité de droit commun ; dès quelle a obtenu le consentement de son mari, elle a la même capacité que la commerçante fille ou veuve. Les lois civiles ont fait une concession aux lois commerciales. A l'égard du mari, de nombreuses questions se posent pour déterminer les effets à son endroit des actes accomplis par la femme dans son commerce. Ordinairement la femme mariée n'a pas en mains la gestion de valeurs importantes. La plupart des contrats de mariage donnent au mari l'administration des biens de la femme et le régime de droit commun est celui de la communauté légale où la femme ne garde en mains aucune valeur mobilière. Les lois sont faites en vue de cette situation qui est encore aujourd'hui celle de la plupart des femmes dans le mariage. La femme ne se connaît point en affaires ; c'est le mari qui gère ses intérêts. Elle ne paraît que rarement sur la scène juridique, si l'on excepte ce qui concerne l'administration intérieure de la maison et du ménage, l'achat des vivres et des fournitures, c'est-à-dire tous les marchés de la consommation journalière.

Quand la femme n'est pas commerçante c'est à propos d'un acte bien délimité, émané d'elle, qu'il peut y avoir lieu de rechercher quelles conséquences il est susceptible de produire contre le mari ; le plus souvent même l'acte est passé par le mari et

la femme conjointement, et il y a peu d'intérêt à dire comment le mari se trouve tenu du chef de sa femme, s'il a lui-même contracté une obligation personnelle.

C'est tout autre chose quand la femme fait le commerce; elle dispose librement d'un capital plus ou moins important. Elle agit seule; seule elle est en rapport avec les tiers. Son genre de vie est gravement modifié; s'il en résulte pour elle une situation exceptionnelle, il est inévitable que le mari en ressente les effets en sa personne et sur ses biens. L'objet de cette seconde partie est de discuter les questions spéciales qui s'élèvent touchant les droits du mari sur l'actif commercial de la femme, et l'étendue de sa responsabilité.

Cette responsabilité, le mari est maître de ne pas l'assumer. La femme ne peut entreprendre le commerce sans son consentement. Nous trouvons là un des aspects sous lesquels se manifeste l'incapacité de la femme mariée, mais elle se justifie ici mieux qu'ailleurs, comme nous allons le dire en étudiant d'abord cette prérogative du mari.

AUTORISATION MARITALE

Aux termes de l'art. 4 C. com. « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » Cet article ne réserve pas l'autorisation de justice, laissant entendre que c'est au

mari seul qu'il appartient d'habiliter sa femme à faire le négoce. Et c'est en ce sens en effet qu'il faut se prononcer. L'approbation ou le refus du mari a pour conséquence de rendre la femme capable ou incapable d'aborder la vie commerciale. L'autorisation de justice ne saurait suppléer celle du mari. Il en est deux raisons décisives.

D'abord l'exercice du négoce donne, par la force même des choses, une grande indépendance à la femme à l'égard du mari et la met en contact incessant avec le public. Dans le ménage la femme prend une situation prépondérante, ce qui peut irriter l'amour propre du mari. Puis le commerce peut conduire à la faillite en des mains inhabiles ou simplement malheureuses. L'honneur de la famille en serait atteint comme l'honneur de la femme elle-même. Quel autre que le mari peut trancher ces questions de convenance et juger des aptitudes commerciales de la femme? De pareilles appréciations ne se font pas sur le rapport d'un juge.

En second lieu « ce qui caractérise la profession de commerçant, c'est qu'elle se traduit par une série indéfinie d'actes juridiques » (Huc, C. civ. VII, n° 281), qui ne sont pas connus d'avance, et dont les conséquences ne peuvent être mesurées avec précision. Autant l'intervention de la justice se justifie aisément quand il s'agit d'autoriser la femme à passer un acte juridique isolé, rigoureusement délimité, dont les effets peuvent être prévus et cal-

culés, autant elle est peu justifiée, en raison, quand il s'agit d'autoriser une succession ininterrompue d'opérations ignorées. C'est à bon droit que la faculté d'habiliter la femme à faire le commerce est réservée au mari. Le droit qui lui appartient, de révoquer l'autorisation une fois donnée, confère à cette autorisation le caractère d'une approbation continue et successive du commerce de la femme. Vivant près d'elle il peut avec facilité surveiller et contrôler sa gestion. Son consentement est réfléchi et raisonné. Un tribunal, au contraire, est privé de tous les éléments d'appréciation, et ne peut prendre une décision en parfaite connaissance de cause.

A ces raisons d'ordre supérieur, il paraît inutile de joindre des considérations d'intérêt pécuniaire. Sous certains régimes les obligations de la femme rejaillissent contre le mari. C'est bien là une des raisons pour lesquelles la justice ne peut autoriser la femme au refus du mari, parce que nulle obligation ne peut naître à la charge du mari sans un acte de sa volonté. Mais ce sont des arguments d'ordre secondaire et qui n'auraient aucune valeur sous un régime conjugal qui maintiendrait une séparation complète des patrimoines des époux.

C'est dans la solidarité morale qui unit la femme et le mari, c'est dans le caractère juridique spécial de la profession de commerçant que se trouvent les raisons décisives d'écarter l'autorisation de justice.

Le mari reste donc maître absolu d'autoriser sa

femme à faire le commerce ou de lui refuser son consentement. L'entreprise du négoce par la femme ne porte donc pas atteinte aux prérogatives de l'autorité maritale.

La majorité des auteurs se prononce dans notre sens. Quant à la jurisprudence elle a consacré la solution contraire ; mais à l'examen de ses décisions, on s'aperçoit que la plupart concernent des femmes séparées de corps. Depuis la loi du 6 février 1893, cette jurisprudence n'a plus d'objet. Pleinement capable, la femme séparée de corps peut entreprendre le commerce, si bon lui semble, sans avoir besoin d'aucune autorisation si elle est majeure. Avant cette loi la séparation de corps ne la dispensait pas de demander au mari une autorisation qu'il se faisait un jeu de refuser ou de n'accorder qu'à prix d'argent. C'était pour éviter ces fâcheux résultats que les tribunaux se disaient en droit d'autoriser la femme, en cas de refus du mari, à faire le commerce ; c'était une solution imposée par des considérations de fait, devant lesquelles fléchit parfois la rigueur des principes du droit.

Ainsi, nous maintenons au mari, sans restriction, la souveraineté de sa décision (1). Mais cela suppose qu'il est en mesure de prendre une décision. S'il en était incapable, physiquement ou juridiquement,

(1) En ce sens, Demolombe, IV, n° 248 ; Bravard et Demangeat, I, p. 93-96 ; Laurent, III, n° 135 ; Thaller, *Rev. crit.* 1882, p. 752 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, n° 250.

— s'il était absent ou interdit — convient-il d'admettre la justice à suppléer à son incapacité?

Nous ne le pensons pas. Les raisons qui justifient l'incompétence des tribunaux conservent ici toute leur force. Les tribunaux ne sont pas en état d'apprécier les aptitudes commerciales de la femme. Sans doute on eût compris qu'en prévision de l'incapacité du mari, le législateur eût permis l'intervention de la justice pour autoriser la femme à entreprendre le négoce, et eût prescrit la convocation préalable d'un conseil de parents. Mais rien de tel n'est dans la loi. C'est une lacune à combler. Les tribunaux sont-ils suffisamment fondés à le faire sur la considération de nécessités pratiques? Le commerce de la femme, il est vrai, peut être la seule ressource de la famille. En admettant alors l'autorisation de justice, il ne faut pas prétendre appliquer la loi, mais régler, par humanité, une situation qu'on ne pouvait laisser sans issue (1).

Le mari qui a le droit exclusif et sans contrôle d'accorder ou de refuser le consentement indispensable à la femme pour qu'elle puisse faire le commerce a aussi le droit de révoquer l'autorisation qu'il a une fois donnée. Il a été jugé avec raison que ce droit appartient au mari même quand l'autorisation de faire le commerce était contenue dans le

(1) *Contra* : l'art. 219 C. civ. n'admet aucune exception; Grenoble, 27 janvier 1863; D. 63, 5, 38; Paris, 3 janvier 1868; D. 68, 2, 28 (*Motifs*).

contrat de mariage. Il faut admettre cette solution sous peine de porter atteinte à l'art. 1388 C. civ. : le mari ne peut abdiquer son droit de révoquer, non plus que son droit d'autoriser.

Toutefois la femme ne nous semble pas sans recours contre une révocation capricieuse et injustifiée. Elle pourrait la faire déclarer en justice mal fondée ; et cette opinion ne contrarie pas celle qui refuse à la justice le droit de se substituer au mari pour donner l'autorisation d'entreprendre le négoce. Comme on l'a remarqué, il y a une profonde différence entre les deux situations : là il s'agit pour la femme de commencer une vie nouvelle ; ici les choses ne sont plus entières, et la justice a des faits précis à apprécier : les résultats du commerce (Lyon-Caen et Renault t. I, n° 251). Cette distinction a été faite dans les travaux préparatoires. Elle résulte des délibérations du Conseil d'Etat dans les séances des 3 et 6 janvier 1887 (1). Néanmoins les tribunaux devront se montrer très rigoureux avant de déclarer mal fondée la révocation que le mari aurait faite de son autorisation. Ils devront tenir compte de ses scrupules et de ses appréhensions, et ne se résoudre à donner satisfaction à la femme que si le mari a abusé de ses pouvoirs.

En définitive l'autorité du mari demeure toujours

(1) Loqué, XVII, 155-157 ; cf. Bravard, I, p. 109 ; Demolombe, IV, n° 324.

très grande. En droit l'exercice du commerce ne rend pas la femme indépendante du mari, cette puissance maritale se manifeste différemment : l'autorisation expresse et spéciale de l'art. 215 C. civ. se transforme en un consentement tacite et continu ; mais elle reste indispensable ; même, s'il s'agit d'estimer en justice à raison de son commerce, la femme a besoin d'une autorisation spéciale.

On s'est demandé si la femme pouvait, sans autorisation spéciale, réaliser, quand le besoin s'en fait sentir, la partie immobilière de son actif ; par exemple, les immeubles qu'elle a acquis des bénéfices de son commerce, pourra-t-elle les aliéner sans demander au mari son concours à l'acte ou son autorisation par écrit ? En fait, par prudence, les acquéreurs exigeront toujours le concours du mari, et la question n'a pas grand intérêt pratique ; mais en théorie, il nous semble bon de la résoudre par l'affirmative. Il est indispensable, pour le commerçant, d'avoir sous la main, au moment utile, des valeurs qu'il puisse réaliser librement et rapidement. L'article 7 C. com. semble favoriser cette opinion, car il n'exige pas formellement une autorisation spéciale du mari quand la femme veut engager, hypothéquer ou aliéner ses immeubles pour les besoins de son négoce. C'est que le commerce semble affranchir la femme de l'autorité maritale en lui donnant une capacité plus grande que de droit commun. A la vérité, il peut y avoir danger à laisser à la

femme des pouvoirs aussi étendus, mais le négoce est impossible sans cette indépendance d'action, et nous ne voyons pas de sérieuse raison de faire exception pour l'aliénation des immeubles, quand pour tout le reste on reconnaît à la femme une capacité complète.

Il convient aussi de décider que la femme commerçante peut acquérir un *domicile* distinct de celui de son mari, mais seulement pour les affaires de son négoce. L'hypothèse se présente dans le cas où la femme a établi sa maison de commerce dans un lieu autre que celui où le mari a fixé son domicile. Sans doute l'art. 108 C. civ. impose à la femme mariée le domicile du mari, mais c'est autant que la femme ne mène pas une existence active indépendante et que sa propre personnalité s'absorbe dans celle du mari. Du jour où la femme prend dans la vie juridique une place aussi importante que le mari, elle doit pouvoir acquérir un domicile séparé. « Relativement aux actes de son commerce la femme doit être traitée comme si elle n'était pas mariée » (Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 256). Telle est bien la pensée de la loi ; elle se manifeste jusque dans la rédaction, légèrement inexacte, de l'art. 220 C. civ. et de l'art. 5 C. com., qui nous présentent le négoce comme dispensant la femme de l'autorisation maritale (1). Mais comment concilier cette solution

(1) Cf. Note de M. Esmein dans S. 84, 1, 257 et Note de M. Lyon-Caen dans *Rev. crit.* 1884, p. 314.

avec les termes absolus de l'art. 108 C. civ. ? Plusieurs explications ont été proposées : la plus simple consiste à dire que la femme est censée avoir fait élection de domicile pour tous les actes de son commerce dans le lieu où est établie sa maison principale ; mais cette explication est insuffisante : elle ne nous permettrait pas d'attribuer compétence au tribunal de ce lieu pour la déclaration de faillite, car ce domicile d'élection ne serait jamais qu'un domicile spécial, si fréquemment élu qu'on le suppose, et c'est au contraire d'un domicile général, sans conteste, dont parle l'art. 438 C. com. D'autres considèrent que l'art. 108 C. civ. est la conséquence de la règle qui oblige la femme de cohabiter avec son mari ; la loi, dit-on, permettant à la femme de faire le commerce, lui permet implicitement d'habiter en un autre lieu que son mari si les nécessités de la vie commerciale l'exigent ; elle fait donc échec à l'art. 108 C. civ. D'autres enfin font dériver la règle renfermée dans l'art. 108 C. civ. de la puissance maritale. C'est parce que la femme doit obéissance à son mari que la loi lui donne pour domicile le domicile du mari ; mais la femme commerçante est moins étroitement soumise à l'autorité maritale que la femme non-commerçante. Cette autorité ne se manifeste qu'au début de l'entreprise ; au cours de l'exploitation elle disparaît totalement en fait, car on ne peut pas dire que le mari autorise, même tacitement et par avance, des actes qu'il ignore ; avec

la puissance maritale s'effacent les conséquences qu'elle entraîne. L'art. 108 C. civ. n'est pas applicable à la femme commerçante en ce qui concerne son négoce.

Dans toutes ces explications, quelle que soit celle admise, l'idée demeure la même : la femme mariée commerçante peut acquérir pour son commerce un domicile distinct de celui du mari. Mais nous pensons que cette solution n'a pas besoin d'être rattachée à la controverse sur le fondement de l'art. 108 C. civ. Elle découle de la combinaison de ce texte avec l'art. 102 C. civ. Le domicile, en effet, est au lieu du principal établissement. L'art. 108 énonce une application de cette règle, en donnant à la femme mariée dans les circonstances ordinaires le domicile de son mari, car c'est là qu'elle aura tous ses intérêts. Mais dès que la femme, à raison de son commerce, se crée un centre d'affaires distinct de celui du mari, c'est appliquer purement et simplement l'art. 102 C. civ. et entendre sainement l'art. 108 du même Code, que de reconnaître à la femme un domicile distinct de celui du mari.

La question offre surtout de l'intérêt quand on recherche si le tribunal du lieu de l'exploitation commerciale est compétent pour déclarer la faillite de la femme. C'est ainsi que la question s'est posée devant la Cour de cassation (Req., 12 juin 1883; Sir., 84, 1, 257) qui l'a résolue affirmativement.

Au point de vue de la compétence, l'intérêt de la

controverse est médiocre, car les tribunaux reconnaissent facilement compétence au tribunal du lieu de la maison de commerce de la femme, même s'il est différent de celui du domicile du mari.

En définitive, cette séparation du domicile, c'est, pour la femme, une extension de ses droits, qu'elle trouve dans la pratique du commerce.

Nous venons de constater qu'en principe le mari conserve, au regard de sa femme commerçante, l'intégrité des droits dont la réunion constitue la puissance maritale.

Recherchons maintenant : 1° quels sont les effets à son égard, des obligations contractées par la femme dans son commerce; 2° quels sont ses droits sur les bénéfices commerciaux? Pour l'étude de ces questions, nous distinguerons, comme dans notre première partie, deux hypothèses, suivant que la femme est ou n'est pas déclarée en faillite; mais il ne pourra évidemment être traité des droits du mari sur les bénéfices commerciaux que dans l'hypothèse où la femme n'est pas en faillite.

CHAPITRE I^{er}

La femme n'est pas en faillite.

SECTION I^{re}. — OBLIGATION DU MARI AUX DETTES

Pour déterminer dans quelle mesure les obligations contractées par la femme dans son com-

merce peuvent rejaillir contre le mari, il faut connaître le régime matrimonial que les époux ont adopté. A cet égard, les obligations commerciales de la femme ne seront point gouvernées par d'autres règles que les obligations civiles qu'elle pourrait contracter avec l'autorisation de son mari. C'est donc dans le droit commun, dans le Code civil, qu'il faut chercher la réponse à la question qui fait l'objet de ce chapitre.

Nous envisagerons successivement les régimes matrimoniaux.

I. — *Régime de communauté.*

Sous ce régime, les dettes contractées pendant le mariage, avec l'autorisation du mari, tombent à la charge de la communauté, et le paiement peut en être poursuivi sur les biens de la communauté, ceux de la femme et ceux du mari (art. 1449 C. civ.). Aucun texte ne fait exception pour les dettes de commerce. Même, l'art. 5 C. com. reproduisant l'article 220 C. civ. dispose que si la femme est marchande publique elle peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, et elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux. La règle est donc certaine. Toutes les fois que les époux seront mariés sous le régime de la communauté, légale ou conventionnelle, la femme qui s'obligera pour son négoce obligera à la fois ses biens propres, les biens de la communauté et ceux du mari.

Les créanciers auront ainsi trois patrimoines pour gage. Le mari subit lourdement les conséquences des actes accomplis par sa femme commerçante.

Pour préciser l'étendue de son obligation, il est nécessaire d'en rechercher la raison.

Pourquoi, sous le régime de la communauté, le mari peut-il être atteint, même sur ses biens propres, par les créanciers envers lesquels la femme s'est engagée avec son autorisation? La femme a, par hypothèse, entendu contracter en son propre nom, elle n'a point agi en qualité de mandataire du mari — sinon, il n'y aurait pour elle-même aucune obligation personnelle. — Quant au mari, s'il était partie au contrat, c'était en vue d'habiliter sa femme; il n'a pas entendu faire naître à sa charge d'obligation personnelle. Comment se fait-il alors que les créanciers de la femme aient action sur la fortune propre du mari?

Les auteurs ne sont pas d'accord pour expliquer la règle; et de la divergence d'explications découlent des conséquences différentes. Rappelons rapidement la controverse qu'a soulevée cette difficulté, afin de prendre ensuite un parti en connaissance de cause. Aussi bien, c'est surtout dans l'hypothèse que nous envisageons d'obligations contractées par une femme dans son commerce, que la controverse offre quelque intérêt pratique; car c'est le cas le plus simple et le plus fréquent où une femme mariée

s'oblige seule et où le mari n'intervient à l'acte que pour l'autoriser.

Premier système. — Il est de règle, dit-on, sous le régime de communauté, que la femme, dès qu'elle est autorisée du mari, ait sur les biens de la communauté les mêmes pouvoirs que le mari lui-même. Elle peut les aliéner ou les engager. L'acte qu'elle accomplit produit immédiatement un double effet : d'abord sur son patrimoine propre, et en même temps sur celui de la communauté, comme conséquence du régime matrimonial adopté. Quand la femme s'oblige avec l'autorisation du mari (notamment quand elle s'oblige pour son négoce), elle oblige directement la communauté, comme ferait le mari lui-même. C'est ce qui explique le droit pour ses créanciers de s'attaquer aux biens communs.

Cette règle, au surplus, s'accorde bien avec l'esprit du régime de communauté.

Ce régime implique la constitution d'une masse de biens qui sont la propriété indivise des époux. C'est un fonds commun, un fonds de spéculation où ils puisent les ressources nécessaires à l'entretien de leur activité et de leur vie, patrimoine qui est affecté au paiement des dettes, patrimoine disponible qui constitue comme un fonds de roulement de l'association conjugale envisagée au point de vue pécuniaire, par opposition à ce fonds de réserve qui constitue la fortune personnelle des époux. Mari et femme doivent donc avoir, en prin-

cipe, des droits égaux sur le fonds commun ; il est juste qu'ils y trouvent des avantages équivalents. Mais comme il faut une direction unique dans la gestion de ces valeurs indivises, c'est au mari que la loi en a confié l'administration. Chef de l'association des personnes, il était désigné pour être le chef de l'association des biens. Mais cet administrateur n'est pas le propriétaire exclusif du fonds social, malgré l'importance de ses pouvoirs. Il ne doit pas repousser l'intervention de la femme, sa copropriétaire ; mais comme il importe que la direction et la responsabilité reposent sur une seule tête, il faut que l'actif commun ne puisse être affecté par aucun acte sans l'assentiment du mari. C'est pourquoi les obligations contractées par la femme pendant le mariage ne tombent à la charge de la communauté que si elle a obtenu de son mari l'autorisation de s'obliger. Les règles du Code ne sont que la traduction de cette conception philosophique du régime de communauté.

Nous comprenons ainsi pourquoi les créanciers de la femme peuvent poursuivre la communauté ; mais pourquoi la loi leur permet-elle aussi d'étendre leurs poursuites aux biens personnels du mari ? C'est qu'une autre règle fondamentale du régime de communauté (qui n'est formulée nulle part, mais résulte avec évidence du rapprochement et de la combinaison de nombreux textes) est que le patrimoine de la communauté et celui du mari sont juridique-

ment confondus. Au regard des tiers, les biens propres du mari ne sont pas distincts des biens communs; ses pouvoirs d'administrateur en qualité de chef de la communauté sont tellement étendus qu'ils se confondent à distance avec ceux de propriétaire qu'il a sur ses propres, et les tiers mesurent son crédit à l'importance de ces biens réunis. Mais, par contre, toute dette qui affecte les biens communs affecte les propres du mari, et inversement, en ce sens que les créanciers qui se trouvent avoir droit d'action sur l'un de ces deux patrimoines, celui de la communauté ou celui du mari, voient leur droit s'étendre à l'autre. L'obligation que contracte la femme avec l'autorisation du mari frappe donc d'abord les biens communs pour « rebondir » sur les biens du mari.

Le mari n'en est pas débiteur personnel, pas plus qu'il n'est débiteur personnel des dettes mobilières de sa femme antérieures au mariage, ou des dettes de successions mobilières qui échoient à sa femme pendant le mariage. Ce n'est qu'un débiteur de fait, qui se trouve libéré dès que cessent ses pouvoirs, et cette confusion qu'établit le régime de communauté entre son patrimoine personnel et le patrimoine commun.

L'obligation du mari aux dettes que la femme contracte avec son autorisation, sous le régime de communauté, signifie donc seulement que le mari peut être poursuivi. L'art. 5 C. com. s'explique par

des raisons spéciales au régime de communauté, et il n'y aura pas lieu de s'étonner de ne pas retrouver la même règle sous d'autres régimes.

Nous dirons plus loin les conséquences de cette première explication du fondement de l'obligation du mari. Voici la seconde.

Deuxième système. — Quand la femme commune en biens s'oblige avec l'autorisation de son mari, disent les partisans de cette seconde opinion, elle oblige personnellement son mari, ou mieux le mari s'oblige lui-même sous le régime de communauté en donnant à sa femme l'autorisation qui lui est nécessaire pour contracter. Contrairement à la règle générale : *qui auctor est non se obligat*, le mari se trouve obligé personnellement, comme s'il avait contracté directement lui-même. Quant à la communauté, elle ne se trouve affectée par l'obligation de la femme que parce que le mari est déjà personnellement obligé, et que toute dette du mari est dette de communauté. Au lieu d'engager directement les biens de la communauté, comme le disent les partisans du premier système, la femme n'oblige, à vrai dire, qu'elle-même et ses biens propres. Son action ne s'étend pas plus loin, mais le mari s'est trouvé personnellement obligé par son autorisation, et c'est ce qui donne aux créanciers de la femme action contre la communauté.

Mais comment rendre compte de cette dérogation à la règle *qui auctor est non se obligat*?

1^o Par une raison de crédit public, dit-on, tout d'abord. Les tiers se trouvent en présence du mari et de la femme. Les voyant tous deux agir au contrat, il leur est facile de croire que tous deux s'obligent personnellement et ils ont pu raisonnablement compter sur l'obligation du mari comme sur celle de la femme. Or ils seraient trompés si, le jour de l'échéance, le mari pouvait prétendre n'être tenu que comme commun en biens. C'est donc pour faire concorder les apparences et la réalité, pour donner confiance aux tiers, qui ne cherchent pas à analyser le rôle joué par le mari au contrat, mais qui pensent l'avoir pour obligé dès qu'ils ont sa signature, c'est par suite pour assurer le crédit des époux eux-mêmes que le législateur a déclaré le mari tenu personnellement dès qu'il donne à sa femme l'autorisation de s'obliger.

Il est facile de montrer le peu de valeur de cet argument. Si les tiers peuvent être trompés et légitimement espérer deux débiteurs au lieu d'un quand ils contractent avec la femme autorisée de son mari, ce n'est pas seulement pour le régime de communauté qu'il convenait d'établir cette règle, mais pour tous les régimes matrimoniaux, car aucun ne dispense la femme, au moins pour la plupart des actes juridiques, d'avoir recours pour compléter sa capacité à l'autorisation maritale; la femme séparée de biens elle-même ne peut agir seule qu'en ce qui concerne l'administration de ses biens. Or, personne

n'oserait soutenir que, sous ce régime, le mari est obligé personnellement dès qu'il a autorisé sa femme à s'obliger. L'argument est mauvais, parce qu'il prouve trop. La vérité est que le danger pour les tiers n'existe pas, ou du moins qu'il leur est bien facile de l'éviter; s'ils désirent deux obligés au lieu d'un, qu'ils exigent du mari un engagement personnel et formel. Ils ne sont trompés que par défaut de vigilance; la loi n'avait pas à veiller pour eux.

2° A l'appui de l'obligation personnelle du mari, on invoque une autre raison, plus sérieuse : si cette dérogation à la règle *qui auctor est* n'existait pas, dit-on, pour le régime de communauté, le mari aurait un moyen bien simple de diminuer sa responsabilité de chef de la communauté. Dans toutes les affaires qui intéresseraient la communauté ou l'intéresseraient lui-même, il se garderait bien de prendre un engagement personnel. Il laisserait jouer à la femme le rôle principal et se bornerait à l'autoriser. En sorte que la femme se trouverait personnellement obligée envers les créanciers, tandis que le mari n'aurait à répondre de la dette que comme détenteur du gage des créanciers; après la dissolution de la communauté, si la femme l'accepte, il ne reste tenu que pour moitié; la femme reste tenue pour le tout. Le législateur n'a pas voulu que le mari pût ainsi s'affranchir des conséquences fâcheuses qu'entraînent pour lui ses prérogatives de chef de la communauté. C'est pourquoi, par déro-

gation à une règle fondamentale, il l'a déclaré tenu personnellement, qu'il eût l'intention réelle de s'obliger, ou qu'il se bornât à autoriser sa femme. Mais l'exemption devait se restreindre au régime de communauté, car c'est seulement sous ce régime que le mari peut tirer profit des obligations contractées par sa femme personnellement aussi complètement que de celles qu'il contracterait lui-même.

Il nous semble que, pour admettre une dérogation à la règle : *qui auctor est*, il faudrait un texte bien précis. La dernière raison que nous venons d'exposer prouve simplement que le législateur aurait pu déclarer le mari tenu personnellement, mais elle ne démontre pas nettement l'existence de cette obligation. Au surplus, est-il en fait tant à craindre que le mari mette sa femme en avant dans toutes les affaires qui intéresseront la communauté ou l'intéresseront lui-même? Croit-on que les tiers ne préféreront pas l'engagement personnel du mari et bien mieux, l'engagement conjoint et solidaire des deux époux? On veut justifier, croyons-nous, une dérogation importante à une règle fondamentale par la crainte d'un danger imaginaire.

Il est vrai qu'on invoque des textes. L'art. 5 C. com., l'art. 220 C. civ. : « La femme oblige son mari, s'il y a communauté entre eux. » Ces textes n'affirment-ils pas nettement l'obligation personnelle du mari?— Ce n'est pas notre avis. Il convient d'abord de remarquer qu'ils ne sont pas compris

sous le titre « Du régime de la communauté », et que leur objet n'est pas de déterminer dans quelle mesure les obligations contractées par la femme commune avec l'autorisation de son mari rejail-
lissent contre ce dernier. Ils ne sont que le rappel d'une règle générale, le renvoi à un ensemble de règles. C'est donc au cœur même du sujet qu'il faut se placer et ne pas s'attacher de trop près aux termes de ces articles. Ensuite et surtout, nous ferons remarquer que l'interprétation du premier système s'accorde fort bien avec les textes ; dans cette première opinion, le mari peut être poursuivi par les créanciers de la femme pour la totalité de la dette pendant la durée de la communauté ; après la dissolution de la communauté, il peut encore être poursuivi, pour moitié, si la femme accepte ; pour le tout, et sans recours contre elle (1), si elle renonce. Ces obligations ne sont-elles pas assez importantes pour que la loi ait pu dire sans inexactitude que la femme obligeait son mari ?

C'est donc le premier système que nous adopterons. La femme marchande publique oblige directement la communauté, parce que la femme peut faire, sur les biens communs, quand elle est autorisée du mari, tout ce que le mari pourrait faire lui-même. Et si les créanciers de la femme peuvent s'attaquer aux biens personnels du mari, pour l'intégralité de la dette pendant la durée de la com-

(1) Le plus souvent.

munauté, c'est l'application d'une règle de ce régime qu'on formule ainsi : toute dette de communauté est, pendant la durée de la communauté, dette du mari ; mais, jusqu'à la dissolution de la communauté, le mari n'est pas obligé personnellement ; il est seulement exposé à une exécution sur ses biens propres. Si, après cette dissolution, les créanciers de la femme peuvent poursuivre le mari dans tous les cas pour la moitié au moins de leur créance, et alors, à titre de débiteur personnel, c'est parce qu'il a pris une part de l'universalité active de la communauté. Nous restons donc dans la règle : *qui auctor est non se obligat*. Nous trouvons l'explication des règles du Code sans faire échec aux principes généraux du droit.

De là découlent les conséquences suivantes :

1° Le mari n'étant tenu des dettes contractées par la femme dans son négoce que comme dettes tombées à la charge de la communauté, mais ne provenant pas de son chef, il ne restera pas toujours exposé, après la dissolution de la communauté, aux poursuites des créanciers pour l'intégralité de la dette. Si la femme accepte la communauté, les créanciers ne pourront plus poursuivre le mari que pour moitié ; si la femme renonce, ils conserveront entière leur action contre le mari pour la totalité de la dette.

Dans l'opinion qui tient le mari pour obligé personnellement, la dissolution de la communauté,

suivie d'acceptation par la femme, n'aura pas pour effet de restreindre l'obligation du mari envers les créanciers. Bien que dans ses rapports avec sa femme, il ne doive contribuer dans cette dette que pour moitié, il devra, s'il est poursuivi, faire l'avance du montant total de la dette. Sa situation est bien plus rigoureuse que dans notre opinion.

Quant à la femme, il est certain, dans les deux systèmes, qu'elle reste tenue pour le tout à l'égard du créancier auquel elle s'est obligée, après comme avant la dissolution de la communauté.

Le mari, tenu de payer les dettes commerciales de la femme, soit pour moitié, soit pour la totalité, suivant les cas, comme nous venons de le voir, peut-il exercer un recours contre la femme pour se faire couvrir de ses déboursés?

Nous croyons que la question doit se résoudre par des distinctions.

Les obligations que le mari a dû acquitter ont-elles pour cause des dépenses de simple administration du fonds de commerce? Ainsi, la femme a-t-elle souscrit des billets pour des marchandises à elle livrées? Il ne nous semble pas que le mari ait un recours contre la femme s'il est contraint de les payer en totalité ou en partie après la dissolution de la communauté; ces obligations sont comme le prix anticipé des bénéfices et c'est la communauté qui profite des bénéfices (art. 1498). C'est donc dans son intérêt que ces obligations sont contractées, et

non dans l'intérêt personnel de l'époux commerçant. Comme conséquence de la même idée, il faut décider que la femme ne devrait pas récompense à la communauté si de telles obligations avaient été acquittées par le mari, des deniers communs, avant la dissolution du régime.

La question ne fait difficulté que si l'obligation de la femme acquittée par le mari se rattache à un appel de fonds fait par elle dans l'intérêt de son commerce : ainsi, elle a emprunté d'un tiers des capitaux pour créer un nouveau rayon dans sa maison. Dans ce cas, il y a lieu, à notre avis, de faire une sous-distinction.

Si le fonds de commerce dépend de la communauté, le mari ne pourra pas exercer de recours contre la femme, et la raison en est la même que celle indiquée plus haut : la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté.

Mais si le fonds de commerce est propre à la femme, il nous paraît juste de voir, dans notre hypothèse, une obligation contractée dans l'intérêt d'un propre : les capitaux empruntés ont servi à la femme à donner plus d'extension à son commerce, à en augmenter, par conséquent, la valeur. Puisqu'elle reprend, à la dissolution de la communauté, son fonds amélioré, elle doit supporter seule les dépenses dont elle tire seule profit ; et si la dette avait été payée par le mari ou la communauté, la femme leur en devrait récompense, ou remboursement.

A l'égard du mari, la femme peut invoquer son bénéfice d'émolument pour celles des dettes de son négoce, qui ne peuvent pas être considérées comme contractées dans son intérêt personnel, et elle a recours contre lui pour tout ce qu'elle pourrait être obligée de payer au delà du montant de son émoulement.

En résumé, si la femme accepte la communauté, le mari supporte la moitié des dettes commerciales de la femme, si elle y renonce, il les supporte en totalité; si elle invoque son bénéfice d'émolument, il peut avoir à les supporter pour une part plus forte que la moitié et qui peut aller jusqu'au tout. Mais ces conclusions ne sont exactes que si la femme n'a pas tiré un profit personnel de l'obligation.

A l'égard des créanciers, le mari peut être poursuivi pour moitié des mêmes dettes, si la femme accepte la communauté; pour la totalité, si elle y renonce; mais il convient de confirmer ces solutions par la remarque suivante : nous avons admis que le mari n'était pas obligé personnellement aux dettes contractées par la femme dans son commerce, et qu'il ne pouvait être poursuivi que parce qu'il détenait le gage des créanciers; dès lors que cette situation de fait a pris fin, ne devrait-on pas dire que les créanciers n'ont plus aucune action contre lui? Non; les dettes contractées par la femme, avec l'autorisation du mari, tombent à la charge des biens communs, et le mari, recueillant une partie

ou la totalité de cette universalité, demeure tenu des dettes qui la grèvent.

2° Quel est le caractère de l'obligation du mari? Est-elle civile ou commerciale? L'obligation de la femme commerçante est sans contredit commerciale. Perd-elle ce caractère en frappant les biens de la communauté? Se démarque-t-elle? comme dit M. Thaller. L'obligation du mari n'est qu'indirecte; elle résulte du jeu des règles du régime de communauté; cette obligation du mari est une obligation civile; on pourrait être tenté de dire, à l'appui de cette opinion, que le mari, en quelque sorte caution de sa femme, n'est qu'un débiteur accessoire, et remarquer que la caution d'un commerçant contracte une obligation civile. Mais cet argument ne nous paraît pas irréfutable. Quand un commerçant contracte une obligation, et qu'une caution se présente pour consolider son engagement, il y a deux engagements personnels bien distincts : 1° la dette de la caution; 2° celle du débiteur principal. Au contraire, quand la femme commerçante s'oblige, elle est seule à s'obliger; c'est cette obligation contractée par elle qui rejaillit sur la communauté, tandis que ce n'est pas l'obligation du débiteur principal qui retombe sur la caution : une obligation distincte, sinon indépendante, naît à la charge de cette dernière. On comprend alors que chacune des deux obligations puisse avoir des caractères différents de l'autre, mais on ne peut appliquer le

même raisonnement à l'obligation personnelle de la femme et à l'obligation de la communauté et du mari dans notre hypothèse. Cette opinion est formulée en très bons termes dans un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 6 août 1883 (*Journ. d'Anvers*, 83, 2, 144) : « Dans le cas d'un cautionnement, est-il dit dans les motifs, il existe deux dettes bien distinctes, l'une principale, l'autre accessoire, tandis que la reconnaissance du mari ne donne pas naissance à un engagement nouveau, mais constate seulement que la dette commerciale de la femme (quoique antérieure au mariage, ce qui était l'espèce) était connue du mari, et qu'en conséquence elle est à la charge de la communauté ».

L'obligation dont le mari se trouve tenu, et avec lui la communauté, n'est pas commerciale, parce qu'elle n'a pas une cause commerciale (1). Elle découle de l'art. 1419 C. civ. La solution doit être la même que s'il s'agissait de dettes mobilières commerciales de la femme antérieures au mariage, et tombées à la charge de la communauté légale : y tomberaient-elles avec leur caractère commercial ? Non, parce que la cause de l'obligation de la communauté n'est pas dans un acte de commerce. Dire qu'une dette tombe en communauté, cela signifie que la communauté, c'est-à-dire le fonds commun (indivis entre les époux tant qu'il existe) s'oblige à supporter le

(1) Cf. M. Boistel, *Précis*, n° 400 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 244.

déboursé qui devra être fait au profit du créancier ; ce que la communauté inscrit à son passif, c'est le chiffre de la dette, sans que le caractère de cette dette soit pris en considération.

L'obligation du mari (et nous comprenons sous cette dénomination l'obligation de la communauté, tant que la communauté dure) est donc civile ; mais il importe de préciser les conséquences qu'entraîne cette remarque.

Et d'abord, si nous avons pu distinguer par l'analyse l'obligation de la femme et l'obligation de la communauté, il convient d'observer qu'au regard du créancier il n'y a toujours qu'une dette, mais dont il peut poursuivre le remboursement sur d'autres biens que la fortune propre de la femme. Quand ils exerceront leurs poursuites ils n'auront donc pas à faire à plusieurs reprises la preuve de leur droit ; dès qu'ils auront établi leur créance contre la femme, ils seront fondés à s'attaquer à la communauté et au mari. Or, contre la femme, ils peuvent user de toutes les preuves que la loi commerciale met à leur disposition ; ces mêmes preuves établiront suffisamment leur créance contre la communauté et le mari ; sur la question de preuve, la détermination du caractère de l'obligation du mari n'a donc pas d'intérêt.

Avant la loi du 22 juillet 1867 on aurait fait remarquer que le mari n'était pas contraignable par corps ; ce n'est plus là qu'un intérêt rétrospectif.

Cette solution est contraire à l'opinion générale de nos anciens auteurs qui n'hésitaient pas à déclarer le mari contraignable par corps, à raison des dettes commerciales que sa femme avait contractées dans l'exercice d'un commerce qu'il avait autorisé.

Mais voici un intérêt actuel et persistant de la controverse. Si l'obligation du mari est civile, il ne peut être poursuivi devant la juridiction consulaire. De nombreuses décisions judiciaires et des auteurs (Delamare et Lepoitvin, I, n° 68), admettent l'opinion contraire, par raison de simplicité; mais cette solution est illogique (Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, p. 240), car nos lois n'admettent pas la compétence du tribunal de commerce à l'égard des personnes tenues d'une obligation civile se rattachant à une obligation commerciale (Reims, 15 mars 1884; *Gaz. du Pal.*, n° du 21 janvier 1885). Jamais on n'a considéré la caution d'un commerçant comme justiciable du tribunal de commerce, quand du moins son obligation ne résulte pas d'une lettre de change ou d'un billet à ordre portant des signatures commerciales (art. 636, 637 C. com. et loi du 14 juin 1865, art. 4 sur les chèques). Ce sont là des objections théoriques. En pratique, il faut bien reconnaître que la solution de la jurisprudence est préférable.

Voici, en effet, à quelles conséquences conduit notre opinion :

a) Le créancier devra assigner le mari devant le

tribunal de commerce, en même temps qu'il assignera la femme, aux fins d'autorisation ;

b) Il devra poursuivre le mari directement devant le tribunal civil (1), c'est-à-dire mener deux instances devant deux tribunaux différents, et ce pendant en vue d'obtenir le paiement de la même dette. Il y aura doubles frais et lenteur.

Heureusement, les règles de l'exception de connexité atténuent ce que cette solution aurait de choquant. Quand on dit qu'il faudra au créancier mener deux instances, on entend qu'il ne saisit pas simultanément le tribunal de commerce et le tribunal civil. Sinon, il y aurait lieu de joindre les instances; le mari ou la femme pourrait invoquer l'exception de connexité et le tribunal civil resterait seul saisi, comme juridiction de droit commun. Bien plus, le créancier, intéressé à éviter des pertes de temps et désirant éviter qu'on lui oppose l'exception de connexité, pourra porter son action devant le tribunal civil, contre le mari et la femme assignés tous deux en leur nom personnel et, en outre, le mari pour autoriser sa femme. « En effet, lorsqu'une personne doit exercer une action à laquelle l'exception de connexité serait opposable si cette action était portée devant un tribunal déter-

(1) Cf, Reims, 15 mars 1884; *Gaz. Pal.*, 21 janvier 1885; S. 84, 2, 191; Lyon-Caen, *Précis*, I, n° 194; Bravard-Veyrières et Demangeat, I, p. 104; Ruben de Couder, *Dict. de dr. com., indust. et marit.*, t. IV, v° *Femme*, n° 64.

miné, elle peut éviter cette exception, en portant son action devant le tribunal civil saisi de la demande connexe (Lyon-Caen et Renault, *Traité* I, p. 245, n° 262, *in fine*). » Grâce à ce tempérament, l'inconvénient de notre solution se trouve presque entièrement corrigé.

3° Une autre conséquence de notre principe, c'est que la communauté et le mari profiteront des événements qui exonéreront la femme de son obligation.

Supposons d'abord qu'une remise de dette ordinaire soit faite à la femme. Celle-ci est libérée, et aussi la communauté puisque l'obligation de la communauté reposait sur l'obligation de la femme dont les causes sont éteintes. Le mari lui-même ne peut plus être poursuivi, puisque la communauté n'est plus débitrice.

La solution serait la même pour ceux qui traitent la communauté et le mari comme cautions de la femme ; car, aux termes de l'art. 1287, 1^{er} al. C. civ., la remise conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions.

Conviendrait-il de décider de même si la remise résultait d'un concordat obtenu de ses créanciers par la femme en faillite ?

Nous ne faisons pas difficulté de l'admettre, malgré l'art. 545 C. com. Sans doute le concordat ne profite qu'à celui qui l'a obtenu : il ne doit, dans l'espèce, profiter qu'à la femme. Mais l'obligation

de la communauté n'existe pas, indépendante de l'obligation de la femme. Nous n'avons pas ici deux débiteurs : la femme et la communauté; il n'y a qu'un obligé : la femme, quel que soit le nombre des patrimoines sur lesquels le paiement peut être poursuivi (cf. Lacoste, *Rev. crit.*, 1883, p. 739) (1).

L'opinion qui considère la communauté et le mari comme cautions de la femme doit repousser cette conséquence; elle doit appliquer rigoureusement l'art. 545 C. com. et maintenir l'obligation de la communauté à la totalité de la dette, malgré l'exonération partielle de la femme (en ce sens, Paris précité). Mais le résultat pratique est bien singulier : la femme, qui, en son nom personnel, n'est plus tenue de la partie de dette dont lui ont fait remise les créanciers concordataires, en reste tenue à titre de femme commune en biens. Son mari peut être poursuivi pour la totalité de la dette. Les patrimoines qui ne supportent la dette que par ricochet en sentent plus vivement le poids que la femme qui a parlé au contrat ! c'est inadmissible. On fait bien observer que la communauté n'a pas été englobée dans la faillite de la femme, et qu'elle ne peut pas profiter de la remise résultant du concordat. Nous répondrons que la communauté n'est pas une personne distincte, comme le serait une caution, et que le seul débiteur personnel, directement engagé,

(1) *Contra*, Paris, Dalloz, 45, 4, col. 87.

étant la femme, la réduction de cette obligation directe, unique, doit profiter à l'ensemble des biens sur lesquels le créancier pouvait exercer ses poursuites.

4° Il suit encore de notre point de départ que l'exonération de la communauté ne peut résulter que d'une exonération de la femme. La remise de dette faite au mari serait inopérante à cette fin. Cela se comprend puisque l'obligation de la communauté ne découle pas de l'obligation du mari. La remise faite au mari se ramènera à une renonciation du créancier au droit de poursuivre les biens personnels du mari, à moins qu'il n'apparaisse clairement que le créancier a entendu renoncer à toute action sur les biens communs en même temps que sur les propres du mari.

Si le mari s'était obligé avec la femme, la communauté se trouverait tenue de deux chefs, on pourrait dire alors théoriquement que la remise faite personnellement au mari profite à la communauté, mais comme elle resterait encore tenue du chef de la femme, en fait la communauté ne serait pas libérée.

M. Laurent (t. 22, n° 72), tout en admettant notre point de départ, donne cependant une solution contraire à celle qui vient d'être exposée. Il fait remarquer que le patrimoine de la communauté et le patrimoine du mari ne font qu'un pendant la durée de la communauté, qu'en conséquence la communauté doit échapper à toute poursuite dès

que le mari n'a plus rien à redouter du créancier. La même idée se trouve exprimée dans les considérants d'un arrêt de cassation (Req. 17 janv. 81; Sir. 81, 1, 126) : « Le mari, dit la Cour suprême, est l'administrateur et le maître absolu de la communauté, il l'absorbe en sa personne tant qu'elle dure, et, par suite, il n'y a pas à distinguer entre les biens personnels du mari et ceux de la communauté. Ces biens forment un seul patrimoine, les créanciers qui ont action sur les uns ont nécessairement action sur les autres, mais les uns ne peuvent être libérés sans que les autres le soient pareillement. » (Il s'agissait dans l'affaire d'une remise par concordat, mais nous n'envisageons ici que le considérant qui vient d'être rapporté.)

Nous pensons qu'il y a là exagération d'une idée juste. La loi ne dit nulle part en termes absolus qu'il y ait confusion pendant la durée du régime entre les biens communs et les biens propres du mari. Elle se borne à conférer au mari sur les biens de la communauté des pouvoirs de disposition qui égalent presque ceux qu'il a sur ses biens propres, et à permettre aux créanciers de la communauté de se payer sur les biens du mari, même s'il n'est pas leur débiteur personnel. Mais est-ce suffisant pour conclure que, juridiquement, il n'y a aucune différence à faire entre le patrimoine du mari et celui de la communauté, que le passif se confond pour ces deux masses de biens, et que par suite la libération

qui profite au mari doit profiter à la communauté? Quand on dit : Toute dette du mari est dette de communauté et inversement, on exprime une idée exacte en elle-même, mais inexacte dans sa formule abrégée si on la prend à la lettre. Ce qu'on entend dire, c'est que les créanciers personnels du mari peuvent poursuivre leur paiement sur les biens communs, de même que les créanciers de la communauté peuvent poursuivre leur paiement sur les biens propres du mari : dès lors si un créancier du mari lui fait remise d'une dette personnelle, la communauté sera déchargée du chef du mari; si un créancier de la communauté fait remise de sa créance les biens du mari seront affranchis de toute poursuite éventuelle à raison de cette dette; mais si l'on suppose qu'il soit fait remise au mari, *intuitu personæ*, d'une dette tombée dans la communauté du chef de la femme (telles que celles de son négoce), le bénéfice de la remise consistera dans la certitude pour le mari d'échapper à toute poursuite sur sa fortune propre; mais la communauté restera obligée du chef de la femme. Elle ne pourrait invoquer sa décharge que si l'intention du créancier avait été manifestement de restreindre son action aux biens propres de la femme. A titre de chef de la communauté, le mari reste encore exposé aux poursuites du créancier qui lui a fait remise.

Si la remise faite au mari résultait d'un concordat, nous déciderions au contraire que la commu-

nauté doit en profiter : mais c'est que le concordat a été accordé à tous les biens compris dans la faillite, il a libéré de la partie de dette remise tous les biens inscrits à l'actif. Or, quand le mari est en faillite la communauté l'est aussi ; les biens communs comme les biens propres du mari passent sous la gestion des syndics, et le mari peut se prévaloir du concordat à un double titre : 1° Comme mari ; 2° comme chef de la communauté. Les créanciers seraient donc fondés à poursuivre la femme pour la totalité, mais n'auraient pas d'action sur les biens communs pour la fraction de dette remise. En ce sens, mais pour d'autres motifs, indiqués plus haut (Laurent, t. 22, p. 84. Paris, 24 janvier 1855 ; D. 56, 2, 110). Pour les mêmes motifs : Lacoste. *Rev. crit.* 83, p. 754. — *Contra*, Bressolles, p. 19, n° 11 ; Rodière et Pont, t. II, p. 80 ; n° 787 ; Aubry et Rau, t. V, p. 338, note 2.

Telles sont les conséquences, au moins les plus importantes, de l'opinion qui décide que la femme peut obliger directement la communauté quand elle contracte avec l'autorisation du mari.

§ 2. — *Régimes autres que la communauté.*

Après avoir examiné la situation du mari sous le régime de communauté, quant aux dettes que contracte sa femme dans un commerce qu'il a autorisé, recherchons quelle est sa situation pour ces mêmes dettes sous les autres régimes matrimoniaux.

Sous le régime de la séparation de biens, conventionnelle ou judiciaire, les actes accomplis par l'un des époux ne peuvent engager la fortune personnelle de l'autre. Dès que la femme fera le commerce, elle engagera à ses créanciers la toute propriété de ses biens personnels, mais le consentement donné par le mari à ce commerce n'entraînera pour lui aucune responsabilité. Cette solution est incontestable, surtout quand on y ajoute le tempérament que nous indiquerons plus loin.

Sous le régime exclusif de communauté, la question est débattue de savoir si le mari peut être inquiété, et dans quelle mesure, par les obligations contractées par la femme dans son négoce.

A la résoudre d'après les textes, il semble que la négative s'impose. L'art. 5 C. com. en effet dit bien que la femme commerçante commune en biens oblige son mari (et nous avons précisé le sens de ces expressions), mais c'est seulement s'il y a communauté que le mari est obligé : donc littéralement et par argument *a contrario* le mari n'est pas obligé sous les régimes autres que la communauté ; cet argument *a contrario* est ici très solide, car il nous ramène aux principes généraux.

D'abord sous le régime d'exclusion de communauté nous ne retrouvons pas cette égalité de pouvoirs du mari sur deux masses de biens qui justifie sous le régime de communauté l'extension aux biens propres du mari des dettes de la communauté. Le

mari a l'administration et la jouissance des biens de sa femme, mais ses pouvoirs ne dépassent pas alors ceux d'un administrateur. Aussi si les obligations contractées par la femme peuvent engager la toute propriété des biens de celle-ci, elles ne réfléchissent pas, en principe, sur les biens du mari. Les dettes contractées pendant le mariage par la femme autorisée de son mari (et notamment les dettes qu'elle contracte dans son commerce) engagent, à notre avis, la pleine propriété de tous les biens de la femme. Les créanciers ont le droit de poursuivre, sans respecter le droit de jouissance du mari, non seulement les valeurs spécialement et directement affectées au commerce, mais tous les autres biens de la femme. Le mari, en autorisant sa femme à s'obliger, doit être considéré comme ayant renoncé par avance à opposer aux créanciers de la femme le droit, analogue à un usufruit, que lui confèrent les conventions matrimoniales sur les biens de cette dernière ; pour le décider ainsi nous nous inspirons du régime de communauté dont on peut argumenter par analogie pour établir les règles, incomplètement tracées par la loi, du régime exclusif de communauté. Sous la communauté, la femme engage la toute propriété de ses biens propres dès qu'elle agit avec l'autorisation du mari. On considère avec raison que le crédit de la femme serait illusoire si elle ne pouvait engager à ses créanciers que des nues-propriétés. Pourquoi n'en serait-il pas

de même sous le régime exclusif de communauté puisque les droits que confère ce régime au mari sur la fortune personnelle de la femme sont analogues à ceux que confère au mari et à la communauté, sur les propres de la femme, le régime de communauté? C'est à tort, croyons-nous, qu'on objecte que la femme s'étant dessaisie, le jour du mariage, de l'usufruit de ses biens au profit de son mari, n'en peut plus engager à ses créanciers que la nue-propriété : le concours du mari à l'acte par lequel la femme s'oblige, ou le consentement qu'il y donne emporte de sa part renonciation à son droit de jouissance ; et il ne peut opposer aux créanciers son usufruit que si la femme n'a obtenu pour s'obliger que l'autorisation de justice.

Donc, sous le régime d'exclusion de communauté les créanciers commerciaux de la femme, quand elle fait le commerce du consentement de son mari ont pour gage la toute propriété non seulement du fonds de commerce et des marchandises, mais aussi de tous les autres biens de la femme, qui peuvent se trouver aux mains du mari, et n'être pas compris dans l'exploitation commerciale. Le mari pourra donc être privé de son droit de jouissance sur ces biens que les créanciers pourront faire vendre sans respecter l'usufruit marital. Telle est la mesure dans laquelle il respectera les effets des obligations contractées par la femme dans son négoce.

Certains auteurs vont plus loin. Ils déclarent le

mari tenu personnellement sur ses biens. Mais d'abord, cette solution est contraire à l'article 5 C. com. ; ensuite, le raisonnement sur lequel on l'appuie est inexact. On dit que sous le régime exclusif de communauté, le mari recueille les bénéfices que la femme fait dans son commerce. Ces bénéfices sont les fruits, les produits du travail et de l'industrie de la femme. Le travail et l'industrie sont un bien, et le mari a le droit d'en jouir, comme de tous les autres biens de la femme. Aussi peut-il s'approprier, sans aucune charge de restitution, les bénéfices que la femme retire de son négoce. C'est donc lui qui profite du commerce de la femme. Il serait injuste qu'il ne fût pas tenu de ses dettes. Les créanciers de la femme doivent avoir le droit de poursuivre le mari qui détient des biens acquis au moyen de valeurs qu'ils avaient livrées à crédit à la femme.

Sans discuter ici quels sont les droits du mari sur les bénéfices commerciaux de la femme, sous le régime exclusif de communauté (ce que nous examinerons plus loin), il convient de remarquer que, même si l'on reconnaît au mari le droit de conserver définitivement les bénéfices dont s'agit, la conséquence n'est pas qu'il sera tenu des dettes que la femme aura contractées pour se les procurer. Dans notre droit, celui-là seul est obligé qui a entendu se lier. Le créancier n'a pas à considérer quelles personnes profiteront du contrat

derrière sa contre-partie. Cette idée d'équité, sur laquelle on établit l'obligation du mari, pourrait être admise en législation, mais elle est impuissante à créer une obligation qui ne préexiste pas.

Il est curieux de remarquer que cette argumentation, tenue pour fondée, devrait conduire aux conséquences suivantes : sous le régime de la communauté, la femme serait personnellement obligée quand son mari fait le commerce : ne profite-t-elle pas, en effet, des bénéfices qui augmentent le bien-être du ménage ? D'autre part, si le mari doit être tenu, parce qu'il profite des actes passés par sa femme, la loi est bien illogique en décidant que la femme ne peut pas obliger la communauté si elle n'est autorisée que de justice. Est-ce que le mari profite moins des actes de la femme, et notamment des bénéfices réalisés par elle dans un commerce qu'un jugement l'a autorisée à exercer ?

Au surplus, si l'on voulait partir de l'idée que le mari est tenu des dettes parce qu'il recueille les bénéfices, la conséquence à en tirer serait que son obligation se limiterait au montant des sommes encaissées par lui. Mais il est illogique d'en faire découler une obligation indéfinie. Il serait donc quitte envers les créanciers de la femme en établissant le chiffre total des bénéfices réalisés par la femme dans les années antérieures, d'après les livres que doit tenir tout commerçant, et en abandonnant aux créanciers la somme qu'il aurait re-

gue. Molinier estime qu'il faudrait une justification authentique. Mais cela est si peu pratique, qu'il nous semble possible d'écarter l'art. 1510 C. civ., dont cette exigence nous paraît tirée, en disant qu'il ne faut pas appliquer ici une règle faite pour d'autres circonstances.

Ce que nous venons de dire implique que, parfois, les créanciers peuvent trouver, dans le profit tiré par le mari du commerce de sa femme, le principe d'une action à diriger contre lui, mais c'est seulement si les conditions exigées pour l'exercice de l'action *de in rem verso* se trouvent réunies, et, au surplus, c'est là une règle qui trouverait application sous quelque régime matrimonial que ce fût. « En tous cas, dit M. Planiol (Req., 22 juillet 1891 ; D. 92, 1, 5), il ne résulterait de ce profit qu'une sorte d'action *de in rem verso* ou une *condictio sine causa* fondée sur ce que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, cette action serait différente, par son objet, de l'action en responsabilité, car elle serait limitée au montant des bénéfices réalisés par la femme, tandis que la nôtre est donnée pour le tout (1). »

Régime dotal. — Quand la femme a des paraphernaux et les emploie à faire le commerce, il y a

(1) Encore faut-il observer que l'action de *in rem verso* n'est donnée que s'il y a profit tiré injustement aux dépens d'autrui, cette condition paraît assez difficile à découvrir dans la participation du mari aux bénéfices commerciaux de la femme.

lieu d'appliquer les mêmes règles que si elle était mariée sous le régime de la séparation de biens. Ses créanciers ne peuvent poursuivre que ses biens paraphernaux. Quand il y a constitution de dot de tous les biens présents et à venir, certains auteurs, considérant l'industrie de la femme comme un bien, décident qu'elle est comprise dans la dot, et que les revenus retirés par la femme de son travail doivent appartenir à son mari en toute propriété, comme fruits d'un bien dotal. Et comme conséquence, ils déclarent le mari tenu personnellement des dettes qu'a contractées la femme dans son commerce. C'est la même théorie que celle que nous venons de combattre sous le régime exclusif de communauté; nous ne nous y arrêterons pas davantage.

Un tempérament est à apporter aux règles que nous venons d'énumérer, touchant les effets, au regard du mari, des obligations contractées par la femme dans son commerce, sous les régimes de séparation de biens, de non-communauté et le régime dotal. Le mari, avons-nous dit, échappe, en principe, aux poursuites des créanciers de la femme sur ses biens propres; mais encore faut-il que ces biens soient parfaitement déterminés, qu'il n'y ait pas confusion de fait entre les biens des deux époux. Cette confusion est surtout possible pour le mobilier. Si le mari ne pouvait représenter aux créanciers l'inventaire du mobilier échu à sa femme ou

par elle apporté en mariage, les créanciers auraient le droit de se payer sur tout le mobilier qu'ils trouveraient aux mains du mari. Et celui-ci supporterait sur ses biens personnels, mais par sa faute, et sauf son recours contre la femme, l'effet des obligations contractées par la femme dans son commerce.

Nous venons d'établir que le mari, sous le régime dotal et le régime exclusif de communauté, n'était pas tenu du capital des dettes contractées par la femme dans son commerce; mais est-il tenu des intérêts de ces dettes? Il est usufruitier des propres de sa femme, et l'une des charges de l'usufruit n'est-elle pas l'intérêt des dettes passives du patrimoine grevé d'usufruit? M. Guillouard tient pour l'affirmative (*Contrat de mariage*, t. 3, n° 1661) : « Comme la jouissance du patrimoine de la femme est donnée au mari, celui-ci devra payer les intérêts des dettes contractées par la femme, car le paiement de ces intérêts constitue une charge des revenus. » (Cf. Laurent, t. 23, n° 425.)

Mais l'opinion contraire nous semble préférable. Le mari a renoncé à son usufruit sur les valeurs affectées au commerce par sa femme. C'est un sacrifice qu'il a consenti en faveur des créanciers; il convient que cette diminution de son patrimoine soit compensée par une diminution de charges. D'autre part, s'il est vrai qu'il jouit des bénéfices réalisés par la femme dans son commerce, ce n'est qu'autant que ces bénéfices sont transformés en

capitaux, c'est-à-dire quand la femme a cessé son commerce; il ne serait donc pas équitable (comme on le prétend) de lui faire supporter *ex nunc* les intérêts des dettes commerciales de la femme.

LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ DU MARI

De ce qui précède, il résulte que sous le régime de communauté les effets au regard du mari des engagements commerciaux de sa femme sont considérables.

Dès lors on conçoit qu'il vienne à l'esprit du mari de limiter sa responsabilité, sans aller jusqu'à refuser son consentement à la femme qui veut tenir négoce. Dans quelle mesure peut-il échapper à la responsabilité que nous venons de préciser?

Une clause a été employée à cette fin et soumise à la critique des arrêts. Le mari déclare autoriser sa femme à faire le commerce, mais à ses risques et périls. Quelle sera l'efficacité de cette clause?

Un point certain, à notre avis, c'est que dans les rapports des époux entre eux, cette clause n'empêchera pas les dettes de la femme de tomber en communauté, et le mari d'en être tenu pour moitié au moins après la dissolution de la communauté. Admettre le contraire ce serait approuver une dérogation aux conventions matrimoniales. Il n'est pas au pouvoir des époux, pendant le mariage, de mettre à la charge exclusive de l'un d'eux des dettes que les

conventions matrimoniales adoptées le jour de leur union rendraient communes.

Si la clause peut avoir quelque effet, ce ne peut être qu'au regard des tiers, pour limiter leur droit de poursuite.

Elle sera opposable aux tiers qui connaîtront la réserve mise par le mari à son autorisation, et qui n'en traiteront pas moins avec la femme commerçante : ces créanciers ne pourront poursuivre la femme que sur ses biens propres et sur les valeurs spécialement affectées à son commerce ; car il faut bien admettre que le mari n'a pas entendu réduire leur gage à la nue-propriété des biens personnels de la femme. Sans quoi il eût autorisé le commerce, mais aurait privé la femme des moyens de s'y livrer. Le commerce ne vit que de crédit.

Un arrêt de la cour de Paris (19 juin 1869 ; D. 69, 2, 247) a cependant décidé le contraire, par le motif que les dispositions de l'art. 5 C. com. consacraient une règle d'ordre public à laquelle aucune dérogation n'est possible. Cette interprétation de l'art. 5 nous semble exagérée. Entend-on dire que l'obligation du mari est édictée dans l'intérêt de la femme, pour empêcher que le mari ne s'efface derrière elle toutes les fois qu'il s'agit de contracter dans l'intérêt de la communauté ? Soit, admettons que cette idée soit juste et que le législateur s'en soit inspiré en écrivant l'art. 5 C. com., mais à qui donc peut nuire une dérogation conventionnelle à cette règle légale. Ce n'est pas à la femme, puisque

dans tous les cas elle est obligée en première ligne. Les créanciers seuls en souffrent; s'ils consentent à accepter les restrictions imposées par le mari à sa responsabilité, et s'ils n'hésitent pas, malgré la connaissance qu'ils en ont, à accorder crédit à la femme sur un gage limité, pourquoi ne pas les obliger à respecter les conventions qu'ils ont faites et qui sont leur loi?

Si, en fait, les créanciers avaient ignoré la restriction mise par le mari à son consentement, il conviendrait de décider que cette restriction ne leur est pas opposable; car ils ne sont pas en faute de ne s'être pas fait représenter une autorisation, qui peut être tacite (Agen, 9 janvier 1856, D. 56, 5, 73). C'est au mari qui veut donner effet à la clause dont s'agit, à faire en sorte qu'elle parvienne à la connaissance des tiers. Une publication dans les journaux ne serait pas suffisante en principe. Les tribunaux auraient toujours à rechercher en fait si les tiers intéressés ont été touchés par cette publicité.

DETTES DÉLICTUELLES

Il n'a été question jusqu'ici que des dettes conventionnelles contractées par la femme pour l'exercice de son commerce. Mais des obligations peuvent naître aussi à la charge de la femme par suite de délits ou de quasi-délits par elle commis. Le mari en est-il responsable?

Un point hors de doute c'est que le mari serait tenu des dommages-intérêts auxquels donnerait

lieu l'exécution frauduleuse d'un contrat commercial. Le mari est tenu de toutes les obligations qui résultent d'un contrat, non pas qu'on le considère comme ayant autorisé la fraude et en ayant assumé la réparation (cette autorisation serait illicite et sans effet); mais on considère que le mari a entendu permettre à la femme d'obliger la communauté et lui-même sur ses biens personnels, à toutes les obligations qui seraient la conséquence directe de l'exercice du commerce; c'est là qu'il faut chercher le fondement de l'obligation du mari dans l'hypothèse qui nous occupe.

Mais que décider si l'on envisage des délits commis en dehors de l'exécution d'un contrat?

On a soutenu que le mari était tenu, en se fondant sur l'art. 1426 C. civ. et en faisant remarquer que le mot « contracter » devait être pris dans un sens générique, comme synonyme de « s'obliger ». Peu importe, dit-on, qu'il s'agisse d'obligations nées de délits ou d'obligations nées de contrats. Les premières sont commerciales comme les secondes en vertu de la théorie de l'accessoire. Nous répondrons que c'est imposer au mari une responsabilité à laquelle il n'a pas entendu se soumettre ni soumettre les biens de la communauté, et qui ne résulte pas des principes, puisque ces principes, rigoureusement appliqués, limitent à la nue-propriété des biens personnels de la femme les poursuites de ses créanciers pour cause de délit. Au

surplus, il nous semble que la question doit se résoudre par une distinction. Il n'est pas juste que le mari, autorisant sa femme à entreprendre un commerce, soit traité comme ayant prévu et pris à sa charge toutes les conséquences de cette opération. Il y a lieu de considérer si le délit commis par la femme se rattache intimement à une opération commerciale, en sorte qu'il n'ait pu être commis par la femme que dans l'exercice de son commerce : alors le mari doit supporter les obligations qui en résultent parce qu'il est tenu de toutes les conséquences directes du commerce qu'il a autorisé (En ce sens, note de M. Planiol sous Req., 22 juillet 1891, D. 92, 1, 5).

Ainsi il a été jugé que le mari n'était pas responsable des conséquences d'un incendie allumé par sa femme commerçante en renversant par maladresse des matières inflammables qu'elle livrait à un client (Req., 8 juillet 1872; D. 73, 1, 33). L'incendie aurait pu aussi bien être allumé par la femme dans les soins du ménage, il n'était pas la conséquence nécessaire du commerce que le mari avait autorisé.

Mais inversement il faut décider que le mari est tenu des dommages-intérêts auxquels la femme a été condamnée pour faits de concurrence déloyale, de banqueroute commis par elle dans l'exercice de son commerce (En ce sens : Troplong, *Contrat de mariage*, II, n° 921).

En résumé, le fondement de l'obligation du mari est dans cette considération qu'il a entendu supporter les conséquences des obligations dont il a pu ou dû prévoir la naissance lorsqu'il a permis à sa femme d'entreprendre un négoce. Ce n'est pas une obligation personnelle que le mari a pris à sa charge ; il est obligé aux dettes délictuelles de la même manière qu'aux dettes contractuelles. La communauté est obligée directement du chef de la femme, et les biens personnels du mari sont exposés aux poursuites des créanciers.

M. Thaller (*Rev. crit.*, 1883, p. 41) admet l'extension de la responsabilité du mari aux dettes résultant de délits ou de quasi-délits, mais par une raison toute spéciale : « par suite de l'autorisation donnée par le mari à sa femme, de faire le commerce, il se forme en quelque sorte, dit-il, une société commerciale dont la femme est le gérant, société de fait, indépendante de toute constitution expresse ; or il est admis qu'une clause statutaire, même dûment publiée, exonérant l'un des associés de la solidarité et *à fortiori* l'affranchissant du passif social est de nul effet au regard des tiers, et d'un autre côté les fautes du gérant rejaillissent sur ses consorts comme la faute d'un préposé sur la situation de ses commettants. » Cette justification de l'obligation du mari pourra sembler exacte aux partisans de la validité d'une société formée entre époux ; nous nous prononcerons plus loin contre cette opinion.

Autorisation de justice. — Si c'était de la justice que la femme ait obtenu l'autorisation de faire le commerce (pour ceux qui admettent la possibilité d'une autorisation de justice en pareille matière), elle ne pourrait grever la communauté des dettes qu'elle contracterait; et elle n'engagerait aux créanciers que la nue propriété de ses propres, sous tous les régimes qui donnent au mari la jouissance des biens de sa femme.

Si le mari était absent, et que la femme fût autorisée par justice à faire le commerce, pourrait-elle affecter au négoce les biens communs? Pendant la présomption d'absence, cela ne semble guère possible puisque les mesures urgentes sont seules licites. Après la déclaration d'absence, la femme peut opter entre la continuation provisoire de la communauté ou la dissolution provisoire : dans les deux cas, sur les biens qu'elle prend (à part sa fortune propre qui peut être nulle) la femme n'a que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire; ces pouvoirs sont-ils suffisants pour permettre à la femme d'entreprendre un commerce, avec les valeurs dont nous parlons? Oui, si l'on considère que la femme a fait un emprunt dont elle devra restitution à qui de droit, le cas échéant. Toutefois, cette solution suppose qu'il y a du numéraire dans le patrimoine de l'absent, sans quoi il faudrait, pour

s'en procurer, réaliser des biens, et la vente est interdite, sans l'autorisation de justice (*Contra*, M. Thaller, *Rev. crit.*, 1882).

Même question et même réponse s'il s'agissait de la femme d'un interdit tutrice de son mari. Si le tuteur était un étranger, ce serait au tuteur à faire autoriser l'aliénation de valeurs communes pour le commerce de la famille, s'il plaisait au conseil de famille et au tribunal.

Révocation par le mari de son autorisation. Effets des actes postérieurs de la femme. — Une question plus délicate est celle de savoir quels sont les effets, au regard du mari, des actes accomplis par la femme dans l'exercice de son commerce, quand le mari, ayant révoqué son consentement, la révocation a été en justice déclarée mal fondée? La question paraît neuve.

On peut dire, dans un premier sens : le mari, ayant retiré son consentement, ne peut pas être obligé par les actes postérieurs au jugement qui annule la révocation. La femme pourra continuer le commerce, mais elle ne se trouvera plus désormais habilitée que par justice, et dès lors il faudra appliquer les règles de l'autorisation de justice. Mais, en fait, la femme perdra alors tout crédit, parce qu'elle perd toute solvabilité. Fait-on le commerce avec des nues-propriétés? La femme aura bien gagné son procès contre son mari, mais ce succès ne

lui procure aucun avantage, si ce n'est la satisfaction toute platonique d'avoir raison. La seule ressource qui lui reste contre la résistance du mari, c'est de demander la séparation de biens, pour acquérir des pouvoirs de disposition plus étendus sur sa fortune propre; mais encore faut-il que sa demande soit justifiée par le péril de sa dot.

On dira, dans un autre sens : la révocation étant annulée, les choses doivent se passer comme si elle n'était point advenue. Sans doute, le mari a retiré son consentement, mais il a été jugé qu'il l'avait retiré sans droit; pour réparer l'injustice, on considérera le consentement comme maintenu, et la situation de la femme ne changera pas. Le mari et la communauté se trouveront subir les conséquences du commerce de la femme, absolument comme lorsque le mari accorde librement son autorisation. La justice a jugé mal fondée et, par suite, a annulé la révocation du mari, mais elle n'a pas substitué son autorisation à celle du mari. Le consentement du mari sera donc censé maintenu jusqu'au jour où se présentera un motif sérieux de révocation, accepté par la femme ou jugé tel par le tribunal.

Nous préférons ce dernier système, beaucoup plus acceptable pour ses conséquences pratiques, que le précédent, et qui trouve dans la remarque faite sur le rôle exact de la justice dans l'hypothèse prévue le moyen d'écarter l'application des règles du Code

civil sur les conséquences de l'autorisation judiciaire.

Cette dernière opinion doit seule être admise de ceux qui déniaient à la justice le droit d'autoriser la femme à faire le négoce quand son mari s'y refuse ; car elle n'implique pas substitution de l'autorisation de justice à celle du mari.

THÉORIE DE L'AUTORISATION-MANDAT

Dans le chapitre qui précède, pour déterminer quels sont les effets au regard du mari des obligations contractées par la femme dans son commerce, nous avons supposé réunies toutes les conditions exigées pour qu'une femme mariée soit commerçante, et sans nous inquiéter de savoir avec quels biens elle pouvait faire le commerce, nous avons cru pouvoir répondre à la question posée en faisant successivement l'application à notre hypothèse des règles de chaque régime matrimonial.

Mais, dans un article publié par la *Revue critique* (années 1882 et 1883) (1), M. Thaller est parti d'un point de vue tout différent pour établir les règles de la responsabilité du mari à l'égard de la femme commerçante.

Où la femme, demande-t-il, prendra-t-elle les valeurs nécessaires à la mise en œuvre et au fonctionnement de son commerce ?

(1) *Rev. crit.*, 1882, p. 578 et 742 ; 1883, p. 35 et 135.

Sous le régime de la communauté, d'abord, la femme n'a aucune valeur entre les mains : c'est dans la communauté qu'elle doit aller chercher les fonds nécessaires à son commerce. Et, pour les faire fructifier, il faut que la femme substitue son action à celle du mari : « Comment, dès lors, trouver dans la maîtrise exercée par la femme sur des valeurs placées en dehors d'elle un sens juridique? Est-ce que le mari transporte à sa femme (c'est-à-dire abdique en sa faveur) les pouvoirs d'administration que la loi lui avait départis? Mais c'est là une dérogation aux conventions matrimoniales (art. 1388, 1395 C. civ.). Du moment que le mari est impérativement le chef de la communauté, il faut qu'il parle à tous les contrats qui l'intéressent. Représentant de l'association, il peut se choisir un substitué, mais à la condition que les opérations soient présumées faites par le constituant et produisent en sa personne leurs conséquences légales. Ce préposé peut être la femme comme un tiers. L'autorisation du mari aura pour effet d'habiliter la femme et de compléter sa capacité en ce qui touche les propres de l'épouse et le droit d'affecter ses propres en garantie aux dettes à venir, mais, à l'égard de la communauté, elle équivaldra à un mandat, non pas précisément parce que l'intention des parties s'est dessinée en ce sens, mais parce qu'il est impossible de lui attribuer un caractère différent sans tomber dans l'illégalité. »

Sous le régime d'exclusion de communauté, c'est encore au mari que la femme demandera les capitaux nécessaires à son commerce. Les conventions matrimoniales ne lui ont laissé entre les mains qu'une propriété inerte ; si donc elle exerce une main-mise sur les valeurs que lui remet le mari en vue de son établissement commercial, force est bien de la traiter en mandataire du mari, « qui fait le commerce par son entremise, ce qui ne l'empêche pas d'être commerçante elle-même. » Toute autre solution entraînerait dérogation aux conventions matrimoniales.

Le même raisonnement, appliqué au régime dotal, entraîne des conséquences semblables. Les biens dotaux proprement dits ne peuvent être utilisés que comme capital fixe dans une industrie, mais c'est avec des valeurs fongibles que la femme fera le commerce. Le mari qui aura reçu, dans la dot de sa femme, des choses fongibles ou des meubles estimés, et est ainsi devenu propriétaire de ces valeurs et objets, les remet à la femme quand elle entreprend le commerce. Ces valeurs sont exemptes du vice de dotalité et servent de gage aux créanciers du commerce. Mais la femme est-elle, en ce cas, commerçante pour son compte propre ? Il est impossible de l'admettre, dit M. Thaller. « C'est le mari qui est commerçant, qui recueille les profits et subit les pertes, qui sera mis en faillite et responsable sur tout son patrimoine. La femme, com-

mercante aussi, mais à titre de cautionnement seulement, encourra la faillite, et ayant usé de son propre crédit répondra du passif sur ses parapher-naux. Proposer le contraire, serait reconnaître aux époux le droit de déplacer les biens conjugaux, de les faire passer de l'administration de l'un à celle de l'autre. Ce serait consacrer : ou bien une restitution de la dot avant la dissolution du mariage et la cessation du régime, ou bien une atteinte manifeste à l'équilibre des patrimoines résultant du contrat de mariage, et cela aux dépens de l'art. 1395. Comprise de l'une ou de l'autre manière, l'entente des conjoints, en vertu de laquelle la femme aurait été mise à la tête du commerce pour son compte propre devrait être repoussée. »

Toute cette doctrine est d'ailleurs résumée dans cette phrase : « Celui-là des deux époux recueille
« les bénéfices et supporte les pertes, auquel le
« contrat de mariage avait attribué la gestion des
« valeurs engagées dans l'entreprise, car s'il en
« était autrement, le principe fondamental de
« l'art. 1395 C. civ. serait violé.

Aussi, logiquement, M. Thaller décide-t-il que les bénéfices et les pertes du commerce restent propres à la femme quand elle l'exploite avec des valeurs dont elle a la libre disposition. Ainsi en serait-il sous le régime de communauté si la femme consacrait au commerce une somme d'argent que lui aurait donnée un tiers en réservant la gestion

à la donataire, — ou bien si la femme s'est réservé par contrat de mariage la propriété et la gestion de son fonds de commerce. Bénéfices et dettes ne tomberaient pas en communauté, parce qu'il y aurait dans ces hypothèses séparation de biens à l'égard des valeurs engagées dans l'établissement, et « qu'après cessation de commerce, la femme conserverait par devers elle ces valeurs avec la libre administration d'une femme séparée de biens. » En dehors de ces deux hypothèses, l'autorisation que le mari donne à sa femme de faire le commerce renferme : 1^o habilitation de la femme à contracter; 2^o mandat donné par le mari à la femme de l'obliger. Cette autorisation est une autorisation-mandat.

Telle est cette théorie qui conduit à des conséquences bien différentes de celles que nous avons admises. Il convient de la discuter ici :

1^o L'opinion de M. Thaller conduit à considérer le mari et la femme comme commerçants tous deux à raison d'un même commerce, ce qui est en contradiction avec l'art. 5. ¹ C. com. tel que nous l'interpréterons plus loin. La femme n'est pas commerçante si elle ne fait pas un commerce séparé, c'est-à-dire un commerce indépendant de celui du mari. Ce n'est pas assez qu'elle ne se considère pas comme sa préposée, il faut que le commerce qu'elle dirige, elle ne le dirige pas au nom du mari. On ne peut donc pas, dans notre législation actuelle, décider que mari et femme sont tous deux commerçants,

en se livrant à des opérations commerciales identiques.

2° Cette théorie conduit aussi à des distinctions que nous ne trouvons pas écrites dans la loi : ainsi selon que la femme commune en biens fera le commerce avec des biens communs, ou avec des biens dont l'administration et la jouissance lui auront été réservées, elle obligera la communauté et le mari, ou n'obligera qu'elle-même. Cependant n'est-il pas de règle sous le régime de communauté que toute dette contractée par la femme pendant le mariage avec l'autorisation du mari engage le mari et la communauté (sauf à préciser ce que comporte cet engagement) ? L'art. 5 qui rappelle la règle ne fait pas de distinctions. M. Thaller répond d'avance à l'objection, qu'il n'y a pas dans l'espèce communauté à l'égard des valeurs engagées dans l'établissement, quand ces valeurs ne doivent à aucun titre tomber sous la gestion du mari, mais qu'il y a séparation de biens. La femme à laquelle seule appartient l'administration, la jouissance et la disposition de ces valeurs peut donc les faire fructifier comme bon lui semble, et notamment en les affectant au négoce : les bénéfices qu'elle en retirera seront sa propriété exclusive, de même que les pertes resteront à sa charge. Cette réponse ne nous paraît pas satisfaisante. Il n'est pas exact de dire qu'il y a dans l'hypothèse prévue séparation de biens partielle ; quand la femme s'oblige envers les tiers, elle n'o-

blige pas seulement tel ou tel de ses biens ; elle s'oblige personnellement, et quiconque s'oblige, oblige tous ses biens. Sans doute sous le régime de la séparation de biens la femme n'oblige que ses biens personnels, sa fortune, dont elle a l'administration et la jouissance. Mais dans notre hypothèse il ne faut pas oublier qu'elle est mariée sous le régime de la communauté, qu'elle a d'autres biens que ceux dont, exceptionnellement, l'administration et la jouissance lui appartiennent, et qu'elle oblige, en même temps que ces biens-là, ses autres biens propres laissés à l'administration du mari, et les biens de la communauté. Ses créanciers ne seraient donc pas tenus de limiter leurs poursuites aux biens engagés par la femme dans son commerce, la femme ne serait donc pas seule à supporter les conséquences de ses obligations comme si elle était mariée sous le régime de la séparation de biens. Inversement il ne nous semble pas qu'elle aurait seule droit aux bénéfices retirés de son exploitation. Ces bénéfices ne sont pas seulement les revenus des valeurs engagées dans l'entreprise. C'est aussi la rémunération du travail et de l'industrie de la femme. Or les biens acquis par le travail et l'industrie de chaque époux appartiennent à la communauté, sauf à la femme à prélever dans notre hypothèse les revenus au taux ordinaire des valeurs affectées à son commerce et dont la jouissance lui a été réservée. Donc peu importe que les biens destinés par la femme au né-

goce soient soumis à l'administration et à la jouissance du mari, ou réservés à la femme, les effets, au regard du mari et de la communauté des obligations contractées par la femme dans son commerce sont, dans les deux cas, déterminés par l'art. 1419 C. civ. et l'art. 5 C. com.

3° Enfin le point de départ de la théorie ne nous paraît pas inattaquable. Le mari peut abandonner à la femme la libre disposition du capital nécessaire à son commerce sans qu'on soit obligé de considérer la femme comme sa mandataire.

Et d'abord sous le régime de communauté, on nous objecte que le mari a seul l'administration des biens communs; sans doute, mais en ce sens que la femme ne peut prétendre les administrer sans son consentement; dès qu'elle a ce consentement elle agit avec les mêmes pouvoirs que le mari lui-même, non pas comme mandataire, mais en son propre nom. Le mari n'abdique pas ses droits de chef de la communauté puisqu'il peut toujours reprendre à la femme les valeurs dont il lui avait abandonné la disposition. — Il conserve du reste en principe l'exercice de ses droits de chef de la communauté, car l'abandon qu'il fait à sa femme n'est qu'un abandon restreint. Aussi n'y a-t-il pas atteinte aux droits du mari comme chef bien qu'on ne considère pas la femme comme le mandataire du mari.

Le même raisonnement s'applique si le mari

abandonne à la femme en vue de son commerce l'administration d'une partie des biens propres de celle-ci. Il n'y a point là de dérogation au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, car la loi consacre elle-même dans les art. 1597 et suiv. C. civ. une semblable pratique ; de même que le mari peut prendre, pendant le mariage l'administration de biens dont le contrat de mariage réservait l'administration à la femme, de même à l'inverse la femme doit pouvoir prendre pendant le mariage l'administration de biens que le contrat réservait au mari. Elle se trouve alors avoir, du consentement du mari, la libre disposition d'une partie de son patrimoine.

Telles sont les raisons qui nous font écarter cette théorie très ingénieuse et très savamment développée ; mais si la considération des biens avec lesquels la femme fait le commerce ne nous semble pas mériter l'importance fondamentale que lui attribue M. Thaller, tout au moins elle offre, par elle-même, un grand intérêt juridique.

Nous allons rechercher immédiatement si les règles de la responsabilité du mari, que nous avons établies plus haut sans tenir compte de cette considération, ne vont pas subir quelques tempéraments selon que la femme fera le commerce avec tels ou tels biens.

AVEC QUELS BIENS LA FEMME PEUT-ELLE FAIRE
LE COMMERCE

Comme l'a fort clairement exposé M. Boistel (*Précis*, n° 100) la femme qui n'est pas séparée de biens, ou qui, mariée sous le régime dotal, n'a pas de paraphernaux, peut se procurer de trois manières le capital qui lui manque pour son commerce :

1° Le demander à son mari, c'est ordinairement ce qu'elle fera.

2° Le recevoir d'un tiers qui le lui donne ou le lui prête en stipulant qu'elle en aura seule la pleine disposition. L'art. 1401 1° C. civ. considère cette condition comme valable dans une donation, et il n'y a pas de sérieuses difficultés à l'admettre dans un prêt.

3° Contracter avec d'autres une société en commandite où elle aura le rôle de gérant, ou une société en nom collectif où elle n'apportera que son industrie, son associé procurant les fonds.

Ces différentes hypothèses sont importantes à distinguer pour déterminer exactement les pouvoirs du mari sur l'actif commercial de la femme.

Dans les deux dernières hypothèses, il est certain que le mari n'a aucun droit sur cet actif qui appartient soit à la société, soit à la femme elle-même en propriété et en jouissance.

Quand les valeurs affectées au commerce ont été fournies par le mari, quels sont les droits de celui-ci sur l'actif commercial de la femme ?

Comme, par hypothèse, il les a abandonnées à la femme pour toute la durée de son commerce, le seul droit qu'il conserve c'est de les enlever à celle-ci en refusant de la laisser continuer le négoce, sauf à la femme à recourir aux tribunaux si elle estime le retrait d'autorisation mal fondé.

Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que des droits peuvent être exercés sur l'actif commercial de la femme, du chef du mari.

Sous le régime de la communauté, si le fonds de commerce exploité par la femme est commun, il n'est pas le gage exclusif des créanciers commerciaux. Les créanciers du mari peuvent l'atteindre car il reste maître d'obliger toute la communauté au paiement des dettes qu'il contracte, et il ne pourrait pas légalement renoncer à ce droit. Savary qui examinait la même question la décidait en termes contraires, et refusait aux créanciers du mari le concours avec les créanciers commerciaux sur les valeurs affectées au négoce. Mais il reconnaissait bien que sa solution n'était pas appuyée sur des arguments de droit : « Si l'on décide la question par le droit commun, dit-il, il n'y a pas de doute. D'après l'art. 225 de la coutume de Paris, le mari est seigneur et maître des meubles, il peut les vendre ou en disposer à son plaisir, sans le consente-

ment de sa femme. Ses créanciers qui exercent ses droits et actions peuvent faire saisir et vendre pour les dettes par lui contractées les marchandises qui sont dans la boutique de sa femme. » Cf. Alauzet I, p. 436. Mais l'équité paraissait à Savary devoir, en la circonstance, l'emporter sur le droit : il était surtout frappé de la fâcheuse situation des créanciers commerciaux. Mais cet inconvénient résulte du régime matrimonial auquel la femme est soumise. Si elle craint de voir son crédit gaspillé par son mari, elle doit adopter un régime où leurs intérêts ne soient pas confondus : celui de la séparation de biens, par exemple.

Il faut bien remarquer du reste que l'inconvénient résultant pour les créanciers commerciaux de la femme du concours des créanciers du mari est compensé par l'avantage qu'ils ont de pouvoir poursuivre pendant le mariage les biens communs et les biens propres, pour l'intégralité de la dette. Comme le fait observer M. Alauzet, I, p. 437 : « A admettre l'opinion d'équité de Savary, on arriverait à cette conséquence que le mari, tenu des dettes dont il plaît à la femme de charger la communauté, serait dépouillé de tous les pouvoirs que le droit commun lui accordait, et qu'aucun texte ne lui a enlevés. »

Si le fonds de commerce était la propriété de la femme, et qu'elle pût en justifier de façon régulière aux créanciers du mari, ceux-ci ne seraient pas

fondés, même sous le régime de communauté, à considérer ce fonds comme leur gage. Mais si, pour l'exploitation de ce fonds, des valeurs avaient été fournies par le mari, ses créanciers pourraient exiger de la femme le remboursement du prêt (cf. M. Boistel I, n° 100, p. 178).

SECTION II. — BÉNÉFICES COMMERCIAUX

Après avoir étudié dans la section précédente l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme, nous compléterons l'étude de sa situation juridique en étudiant quels droits il peut prétendre sur les bénéfices que la femme retire de son négoce.

Mais il nous semble utile de déterminer d'abord la nature véritable de ces bénéfices :

Un fonds de commerce n'a de valeur que par l'intelligence, les aptitudes et l'expérience de celui qui l'exploite. Les bénéfices qu'on en retire sont la rémunération du travail et de l'activité du commerçant. Comme le disent MM. Aubry et Rau (II p. 185, note 23) les bénéfices que peut procurer une fabrique ou une usine à celui qui l'exploite ne sont pas des fruits de cette fabrique ; ils constituent pour l'exploitant des produits de son travail et de l'emploi de ses capitaux.

Malheureusement notre loi, quand elle parle de fruits ou de revenus, n'a en vue que les produits de la terre et du travail appliqué à la terre, et les reve-

nus qu'on tire du louage des capitaux. « Quant aux produits, soit du capital proprement dit, soit du travail aidant ce capital, dit Rossi (cité par Rev. légis. t. XI, p. 9), ils ne se trouvent pas compris dans la classification de la loi. Les produits de nos vastes manufactures, les richesses qu'elles versent sur les marchés du monde, ce n'est qu'en faisant violence aux textes qu'on peut les placer dans une des catégories du Code. »

Il suit de là que sous un régime qui donne au mari la jouissance des biens de la femme, il ne suffit pas de démontrer que le fonds de commerce est propre à la femme, pour faire reconnaître au mari le droit de recueillir les bénéfices commerciaux. Ce qu'il importe de préciser c'est si l'industrie de la femme peut être considérée comme un bien.

Pour soutenir l'affirmative on a invoqué certains textes, comme l'art. 1779 C. civ. qui considère l'industrie comme pouvant faire l'objet d'un louage de même que tout autre bien ; l'art. 1847 qui suppose qu'un associé a fait l'apport de son industrie, et l'oblige à tenir compte à la société de tous les gains qu'il a réalisés par l'espèce d'industrie qui est l'objet de la société. De ces textes, dit-on, il ressort que le législateur a considéré l'industrie d'une personne comme un bien ; parfois il a fait la distinction de ce bien et des autres, exemple dans l'art. 1133 et l'art. 1498. Mais il met l'industrie sur le même rang qu'un bien ordinaire et la traite de même.

Aussi, quand la femme n'est pas mariée sous le régime de la séparation de biens, les bénéfices qu'elle retire de son industrie sont recueillis par le mari. à des titres divers suivant les régimes, mais de la même manière que les revenus d'une maison ou d'un fonds de terre.

Nous pensons au contraire qu'il ne faut pas tenir l'industrie pour un bien, au point de vue juridique. « L'industrie c'est une faculté de la personne, dit M. Demolombe (IV n° 307), qui ne figure pas dans notre patrimoine, et ne peut être classée meuble ou immeuble ».

Les textes qu'on nous oppose s'expliquent très facilement en considérant que le législateur, parlant de l'industrie, a en vue les biens qu'elle fait acquérir. Ce sont ces biens que, par anticipation, il entrevoyait déjà acquis, qui forment l'apport en société, un élément de l'actif de la communauté, etc. Le sens exact qu'il attachait au mot industrie c'était l'ensemble des biens que l'industrie permet d'acquérir. Sens plus concret et qui a l'avantage d'être plus conforme à la notion juridique d'un bien. L'expression employée par le Code n'est qu'une abréviation, une étiquette. Dès lors il n'existe pas, ce capital imaginaire : l'industrie, source de fruits. Les biens que nous donne notre industrie sont des biens créés par nous, des acquêts. Les bénéfices du commerce sont des capitaux. Dire que l'industrie est un capital, est une parole d'économiste,

non de juriste (cf. Cass. ; D. 72, 249, et 84, 1, 325).

C'est à titre de capitaux que les bénéfices du commerce tombent dans la communauté, c'est à ce titre aussi qu'ils sont encaissés par le mari sous le régime exclusif de communauté ; ils ne deviennent sa propriété qu'en vertu des règles du quasi-usufruit et à charge de restitution à la femme lors de la dissolution du mariage. C'est à ce titre, enfin, qu'ils font partie des biens dotaux de la femme quand elle s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir. Ce dernier point a été contesté par M. Demolombe (1). Cet auteur pense que si l'industrie de la femme n'est pas dotale, on ne doit pas déclarer dotaux les produits de son travail : mais de ce que l'industrie de la femme n'est pas un bien dotal, il ne s'ensuit pas que les profits de cette industrie ne soient pas des biens à venir, et comme tels dotaux.

Les principes qui viennent d'être développés n'auront d'application pratique que sous réserve de la remarque suivante : Les bénéfices du commerce ne seront soumis au droit de jouissance du mari que du jour où ils seront transformés en capitaux. Ordinairement cette capitalisation n'aura lieu qu'à la cessation du commerce. Les sommes qu'un commerçant prévoyant prélève chaque année sur le reliquat actif constaté par son inventaire, servent à alimenter le commerce ; elles ne sont pas distraites de l'actif

(1) IV, n° 315 et 316.

commercial, et ce ne sont pas des bénéfices proprement dits.

Terminons ce chapitre par une remarque. En adoptant le régime de la communauté il est loisible à la femme de stipuler qu'elle jouira séparément de son fonds de commerce, et qu'elle pourra disposer à son gré des revenus de ce fonds pendant la durée du mariage. Dans ces conditions, les acquisitions que la femme peut faire pendant le mariage, au moyen des deniers du commerce, appartiendront-elles à la communauté? Pothier (Communauté n° 466) nous apprend que dans une question semblable Bourjon décidait l'affirmative. Mais lui-même y trouve de la difficulté. Car la femme s'étant réservée par convention, tous les revenus de son commerce, ces revenus sont pour elle des propres. Or tout ce qui provient des propres, sans en être des fruits, ne tombe pas en communauté. Les acquisitions réalisées par la femme (et qui sont la représentation des bénéfices de son négoce) lui demeurent donc propres; mais, ajoute Pothier, cette solution n'est acceptable que s'il est bien justifié que les acquisitions ont été payées des deniers du commerce : autrement le mari aurait une voie ouverte d'avantager sa femme en faisant passer sous son nom toutes les acquisitions qui se feraient pendant le mariage. Nous dirons aujourd'hui qu'il est indispensable que les formalités de l'emploi soient observées (art. 1434-1435 C. civ.).

CHAPITRE II

La femme est en faillite.

Nous avons jusqu'ici étudié la condition juridique du mari d'une commerçante en écartant l'hypothèse de la faillite. Il nous faut maintenant rechercher quelle est la situation faite au mari quand la femme est déclarée en faillite.

La loi est muette sur cette hypothèse. Elle a réglé avec détails les droits de la femme dans la faillite du mari, mais elle n'a aucunement disposé pour l'hypothèse inverse ; nous allons reprendre successivement les différents points réglés pour la femme par la loi des faillites, et nous en ferons autant de questions relatives à la condition, aux droits du mari :

1° *Avantages matrimoniaux.* — La femme du failli est privée de toute action dans la faillite du mari à raison des avantages que son mari lui a faits par contrat de mariage. Mais, par contre, les créanciers ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat. Ces dispositions ne s'appliquent d'ailleurs que si le mari était commerçant lors du mariage ou si, n'ayant alors

aucune profession déterminée, il l'est devenu dans l'année du mariage.

Quand c'est la femme qui est en faillite, faut-il dire inversement que le mari ne peut pas se prévaloir des avantages matrimoniaux que sa femme lui a faits par contrat de mariage, mais qu'il ne peut, d'autre part, être inquiété à raison des avantages qu'il a pu faire lui-même à la femme? La question n'a pas beaucoup d'intérêt sous le régime de la communauté. En voici la raison :

Sous ce régime, les dettes de la femme rejaillissent sur les biens du mari, ainsi qu'il a été expliqué plus haut. Ses créanciers ont pour gage non seulement les biens propres de la femme, mais les biens communs et les biens propres du mari. Il est vrai que le dessaisissement ne frappe pas tous ces biens : l'actif de la faillite de la femme ne comprend que : 1° la pleine propriété de ses propres ; 2° les valeurs communes affectées au commerce. Quant au surplus des biens communs et aux propres du mari, les créanciers peuvent bien les atteindre, mais ce sera par la voie civile de la saisie, non par celle de la faillite, procédure réservée aux seuls commerçants. Mais peu importe la diversité des modes d'action, les créanciers de la femme sont aussi créanciers du mari au sens que nous avons établi précédemment. Dès lors ils ont peu d'intérêt à faire annuler les donations faites par la femme au mari dans le contrat de mariage, puisque les biens qui leur échapperaient

dans la faillite, ils les retrouveraient dans la saisie civile.

Mais sous les régimes autres que celui de la communauté notre question offre un intérêt manifeste. Ainsi en est-il sous la séparation de biens, qui ne donne aux créanciers de la faillite aucune action sur les biens personnels du mari. Ainsi en est-il, de même, sous le régime dotal et exclusif de communauté, tout au moins pour ceux qui admettent, comme nous, que sous ces régimes le mari n'est aucunement tenu des dettes commerciales de la femme.

Quelle solution adopter ?

L'art 564 C. com. ne nous la fournit pas directement par son texte, puisqu'il ne règle que les droits de la femme dans la faillite du mari ; mais il convient de s'inspirer de son esprit. Cet article n'est qu'une des applications d'un principe général. Prohiber toute prétention qui tendrait à diminuer le dividende des créanciers, quand elle n'émane pas d'une personne qui a fait un déboursé, pour acquérir son droit de propriété ou de créance ; en d'autres termes, préférer les créanciers, *qui certant de damno vitando*, au donataire, *qui certat de lucro captando*.

N'est-ce pas déjà après avoir dégagé l'esprit de cet article que nous l'avons étendu aux donations postérieures à la célébration du mariage ? Nous dirons donc que tout avantage fait par la femme au

mari par contrat de mariage ne donne à ce dernier aucune action dans la faillite de la femme, et qu'inversement les créanciers de celle-ci ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat.

Et il ne faut pas limiter cette solution par une restriction analogue à celle que formule l'art. 564: « Si la femme était déjà commerçante lors du mariage ou l'est devenue dans l'année. » C'est d'un principe tiré de l'art. 564 que nous sommes partis et non du texte de cette disposition. D'ailleurs, si la restriction dont nous parlons était admise, il suffirait au mari pour mettre à l'abri de la nullité les donations qu'il aurait reçues de sa femme, d'attendre l'expiration d'un an à compter du mariage, pour autoriser le commerce.

La même nullité doit atteindre, à notre avis, les donations postérieures au mariage. Sans doute ces donations sont révocables *ad nutum*, mais c'est du bon plaisir de la femme donatrice que dépend la révocation et le plus souvent n'est-il pas à craindre qu'elle ne se hâte point de prendre une décision qui ne profiterait qu'à ses créanciers? Les créanciers, eux-mêmes, pourraient bien quelquefois triompher du refus de la femme en faisant annuler la donation comme frauduleuse, par l'action paulienne; mais c'est une ressource bien aléatoire.

Dans un cas spécial, les créanciers de la faillite n'auront pas besoin, s'ils y ont intérêt, d'invoquer

la règle dont il vient d'être question : ce cas est celui où la donation faite par la femme au mari se placera entre la date de la cessation des paiements ou les dix jours précédents et la date de la déclaration de faillite. Cette donation serait frappée de nullité de plein droit par l'art, 446, 2^e al., C. com.

2^o *Reprises.* — Aucun régime matrimonial ne soumet le patrimoine du mari à l'administration de la femme; sous aucun régime, par conséquent, la faillite de la femme n'englobera des biens appartenant au mari, et il n'y pas lieu de rechercher à quelles conditions de preuve le mari est soumis pour exercer la revendication de ses propres mobiliers ou immobiliers.

Quel que soit le régime matrimonial des époux, le mari aurait le droit de produire à la faillite pour se faire rembourser des prêts d'argent qu'il aurait pu faire à sa femme, et il devrait être admis, en l'absence de textes dérogeant au droit commun, à prouver sa créance par les mêmes modes de preuve qu'un prêteur étranger.

3^o *Présomptions* des art. 557 et 562 C. com. — La loi commerciale présume que toute acquisition faite par la femme du commerçant failli est faite des deniers du mari; pour éviter la fraude qui consisterait à faire passer sous le nom de la femme une partie du patrimoine du mari, elle considère l'opération comme faite pour le compte du mari. Cette présomption déroge au droit commun qui aurait

seulement conduit à imposer à la femme le remboursement des deniers tirés de la caisse du mari, après que les créanciers auraient fait preuve de leur origine.

On ne peut songer à étendre au mari, dans la faillite de sa femme, cette présomption qui doit, comme toute présomption, être interprétée restrictivement.

Nous en dirons autant de celle posée par l'art. 562, C. com. en vertu de laquelle la femme est censée avoir payé des deniers du mari les dettes de celui-ci qu'elle a acquittées, et ne peut en réclamer le remboursement. Le but de ces présomptions, c'est d'empêcher les fraudes, difficiles à démasquer, qui consisteraient à employer l'argent des créanciers à enrichir le conjoint du failli à leur détriment.

Les mêmes dangers ne sont-ils pas à redouter quand c'est la femme qui fait le commerce? N'est-il pas à craindre aussi qu'à la veille de la faillite, ou de longue date, elle ne remette à son mari des capitaux enlevés au négoce pour lui permettre d'acquérir en son nom un bien que plus tard les créanciers devront respecter entre ses mains, ou encore que le mari ne réclame sans droit le remboursement de prétendues avances faites pour le compte de la femme? Assurément ces dangers existent, et les créanciers ne pourront s'en préserver qu'en démasquant la fraude, en exerçant l'action paulienne. Mais combien leur situation est moins favorable que

celle des créanciers du mari en faillite ; ici c'est à eux d'introduire les instances et d'y apporter les preuves : la fraude n'est plus présumée.

Le remède à cet inconvénient se tire de cette considération de fait, que bien souvent, quand l'importance de l'affaire l'exigera, le créancier réclamera l'obligation personnelle du mari. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a dans la loi une lacune, un défaut de symétrie.

TROISIÈME PARTIE

DU COMMERCE CONJOINT

Nous avons examiné jusqu'ici la condition juridique du conjoint d'un commerçant en supposant que ce conjoint ne se mêlait aucunement au commerce de l'autre. Il subit plus ou moins vivement, suivant les régimes matrimoniaux, les effets des engagements commerciaux de son conjoint, mais il n'est jamais commerçant lui-même. Il en est ainsi même sous le régime de la communauté, quoique le contraire ait été soutenu par une opinion que nous avons combattue.

Mais la qualité de commerçant ne doit-elle pas être reconnue à l'époux qui se mêle au négoce de son conjoint ? Si le même commerce est exploité par les deux époux, ne doivent-ils pas être considérés comme commerçants tous les deux ?

S'il s'agit d'abord du mari donnant une partie de son activité au commerce entrepris par sa femme,

nous dirons qu'il n'est pas commerçant tant qu'il garde une situation subordonnée, dépendante, qu'il tient la comptabilité, par exemple, qu'il reste simple commis. Sans doute en pratique cette situation ne sera pas fréquente. Les maris prennent généralement la direction du négoce quand ils ont le désir de s'y intéresser. Mais enfin cette situation n'est pas invraisemblable. Elle a même été soumise aux tribunaux dans une espèce où il s'agissait d'un mari, simple commis dans la maison de commerce tenue par sa femme, avant le mariage, et qui était resté tel après le mariage (Cass., S., 87, 1, 384) (1). Au surplus ce n'est là que l'application de cette règle générale que pour être commerçant l'une des conditions requises c'est d'agir en nom propre. Le commis du commerçant n'est pas commerçant.

Si le mari au lieu de garder ce rôle effacé prend la direction du négoce, il sera commerçant parce qu'il fera le commerce en son propre nom et non plus comme mandataire de sa femme. Reste à savoir si le mari devenant commerçant la femme pourra, à raison du même commerce, demeurer commerçante. Nous retrouverons la question plus loin.

(1) Cf. Paris, 3 mars 1893, *Journ. la Loi*, 93, n° 659 (la femme, mariée sous le régime dotal, avait acquis son fonds de commerce dont le mari n'avait été que le gérant, achetant les marchandises et signant les traites pour le compte de la femme : il a été jugé que le mari ne pouvait pas être déclaré en faillite).

Quand c'est la femme qui se mêle au commerce du mari, convient-il encore d'appliquer les mêmes principes? Dans quel cas la femme devient-elle commerçante? La question fait difficulté parce qu'il existe des divergences dans l'interprétation du texte qui paraît la régler : l'art. 5 C. com.

Pour la résoudre, il importe de distinguer deux situations distinctes : suivant que la femme se présente nettement comme la mandataire du mari, ou, au contraire, comme son associée de fait, avec des pouvoirs égaux aux siens.

1° *Femme mandataire du mari.* — Quand la femme ne se présente aux tiers que comme la mandataire de son mari, les actes juridiques qu'elle accomplit ne produisent pas d'effets en sa personne. Peu importe l'étendue de ses pouvoirs, si ces actes rentrent dans l'exercice de son mandat. Elle dirigerait seule la maison de commerce que les principes n'en seraient pas changés. Quand la femme agit par procuration, c'est le mari qui est censé faire le commerce par son intermédiaire. Elle-même n'est pas marchande publique. L'art. 5 C. com. le dit formellement. Pothier disait : La femme n'agit alors que comme « factrice ou fille de boutique ». Elle est l'agent du mari, obligeant son commettant sans s'obliger elle-même. C'est l'application de la théorie ordinaire du mandat.

Ce mandat donné par le mari à la femme n'a pas besoin d'être exprès; il résultera suffisamment des

circonstances, et la jurisprudence décide que les mêmes faits, qui prouvent le consentement donné par le mari au commerce de la femme, peuvent servir à établir le mandat dont il s'agit (Bédarride n° 147). Les juges prendront en considération le nom inscrit sur le rôle des patentes, le genre de commerce, etc. Et l'existence du mandat sera souverainement appréciée par les juges du fait.

En qualité de mandataire, la femme est responsable envers son mari des fautes commises dans l'exécution de son mandat, conformément à l'article 1997 C. civ.

L'étendue du mandat, comme son existence même, sera déterminée d'après les circonstances. La femme, n'étant pleinement capable que dans les actes qu'elle fait pour le compte et au nom de son mari, il s'élèvera parfois quelque difficulté sur le point de savoir si tel acte rentrait dans le mandat donné par le mari : Ainsi sera mise en question l'étendue du mandat. Prenons un exemple : la femme souscrit un billet se rapportant au commerce du mari; le créancier s'adresse au mari, celui-ci répond qu'il n'a pas donné mandat à sa femme de faire le commerce pour lui : c'est alors l'existence du mandat qui est contestée; qui devra faire la preuve? Le créancier demandeur, car son titre, revêtu seulement de la signature de la femme, n'a de valeur que si la signataire avait capacité pour s'obliger ou pouvoir d'obliger un tiers.

Mais supposons que le mari reconnaisse en principe que la femme est sa préposée, il répond seulement que le mandat ne comprend pas le pouvoir de signer les effets de commerce ; question d'étendue de mandat : c'est au mari défendeur à faire la preuve de ce qu'il avance.

Ces preuves s'appuieront ordinairement sur la notoriété publique : il sera reconnu de tous que la femme avait l'habitude d'acheter, de détailler les marchandises, de signer pour son mari, de diriger seule le commerce de ce dernier. Tout acte compris dans le mandat produira ses conséquences en la personne du mari, et ne fera naître d'obligation à la charge de la femme que si elle s'est engagée personnellement envers les créanciers, avec l'autorisation spéciale du mari ou le concours de celui-ci à l'acte.

2° *Femme faisant le commerce en son propre nom conjointement avec son mari.* — Arrivons au cas où la femme a manifesté l'intention de faire le commerce en son propre nom, bien qu'elle dirige la même exploitation commerciale que le mari :

C'est encore d'après l'examen des circonstances que nous reconnaitrons si la femme doit être considérée comme mandataire du mari ou comme son associée de fait. Voici quelques exemples où il est certain qu'il s'agit de cette dernière hypothèse :

1° La femme était commerçante avant son mariage. Elle se marie sous un régime autre que la

communauté légale, et continue le commerce avec l'assentiment de son mari; celui-ci se mêle au commerce de la femme, qu'il considère comme le commerce commun du ménage. Il devient commerçant puisqu'il fait le négoce en son nom personnel. Quant à la femme elle n'a nullement l'intention de se présenter comme la préposée du mari, mais comme commerçante à côté de lui, comme son égale en initiative, en indépendance et en responsabilité;

2° Ou bien deux époux séparés de biens achètent conjointement un fonds de commerce dont ils deviennent ainsi copropriétaires indivis : ils l'exploitent tous deux au même titre, la femme n'est pas l'auxiliaire du mari, mais son associée;

3° La femme signe un effet de commerce sans l'autorisation du mari, et se laisse condamner comme obligée personnellement, sur la poursuite d'un créancier qui prétend qu'elle fait le commerce en son propre nom. La femme, en connaissance de cause, ne relève aucun moyen de défense contraire à cette affirmation. C'est un aveu tacite qu'elle ne se considère pas comme la mandataire du mari.

Quand il est ainsi établi en fait que la femme gère le commerce en son propre nom, et ne se comporte pas comme la préposée du mari, aucune difficulté ne s'élèverait si le mari n'était pas commerçant lui-même ou dirigeait un commerce

entièrement distinct. La femme serait réputée marchande publique parce qu'elle ferait, avec l'autorisation du mari, un commerce séparé (art. 5 C. com.). Mais quelle est précisément la situation juridique de la femme quand les deux époux exploitent ensemble, et chacun en leur nom personnel, un même fonds de commerce? La femme devient-elle commerçante?

Un premier système, qui se recommande de quelques décisions judiciaires, explique de la manière suivante l'art. 5, siège de la controverse. La loi, dit-on, n'a pas voulu que la femme fût commerçante quand elle ne ferait que détailler les marchandises du commerce de son mari, quand elle agirait comme sa préposée. Et, pour donner à la femme toute garantie de sécurité et l'engager à prêter au mari sa collaboration, elle a formulé la règle en un texte exprès. Mais après avoir exprimé que la femme ne serait pas commerçante si son rôle se réduisait à celui d'auxiliaire subordonnée, la loi dit à quelles conditions la femme sera réputée marchande publique : c'est quand elle fera un commerce séparé. Mais pour bien comprendre le sens de cette dernière phrase, il faut la rapprocher de la première. Le commerce séparé, c'est celui où la femme n'est plus sous la dépendance du mari, le commerce qu'elle gère en son nom personnel. Or cette condition se trouve réalisée même dans le cas où le fonds de commerce est exploité conjointement par les

deux époux, sans que la femme se considère, ou soit considérée par son mari ou par des tiers comme la mandataire du mari. Même dans ce cas la femme sera commerçante si elle fait des actes de commerce sa profession habituelle (art. 1 C. com.).

En présence d'un commerce conjoint, les juges n'auront à examiner qu'un seul point : la femme était-elle ou non la préposée du mari ? Question de fait dont la solution ne pourrait être déférée à la cour suprême. Ce point résolu il reste à faire l'application du droit : est-il reconnu que la femme faisait le commerce en son nom personnel ? On appliquera les règles qui gouvernent la situation de la femme commerçante, elle pourra être déclarée en faillite ; les engagements qu'elle aura pris envers des tiers sans l'autorisation du mari ou son concours à l'acte seront pleinement valables. C'est sous ces aspects que la question s'est posée en jurisprudence. La femme d'un boulanger avait l'habitude de faire les achats de farine nécessaires à leur commerce, et, seule en rapports avec les tiers, elle signait les effets créés en paiement de ces fournitures. Un créancier la poursuit comme tenue personnellement. Elle objecte qu'elle n'est pas commerçante parce qu'elle ne fait pas un commerce séparé. Les premiers juges constatent que les marchés avaient été passés par elle en son nom personnel, qu'ils étaient assez nombreux pour constituer la profession commerciale, qu'elle n'avait pas besoin, en conséquence,

de l'autorisation spéciale de son mari pour s'obliger en ce qui concernait son négoce, et ils donnent gain de cause au créancier. La Cour de cassation rejette le pourvoi (5 mai 1857; D. 57, 1, 303). Une femme débitait à Paris des vins dont son mari gérait l'entrepôt dans la banlieue; les juges du fait constatent que l'entrepôt et le débit sont les deux branches d'un même commerce, mais que les tiers en traitant avec la femme avaient suivi sa foi et ne comptaient pas sur l'engagement du mari dont ils ignoraient peut-être l'existence; la femme est déclarée commerçante (Paris, 9 déc. 1875; D. 76, 2, 208).

Cette interprétation de l'art. 5, C. com. se recommande aussi par ses heureuses conséquences pratiques : elle ne permet pas à une femme de tromper légalement les tiers en prenant une part active au commerce, et en leur laissant croire qu'elle s'oblige personnellement.

Un autre système qui compte beaucoup plus d'adhérents traduit autrement l'art. 5. La femme n'est réputée commerçante qu'à la condition de faire un commerce séparé de celui du mari; cette condition est évidemment absente dans l'hypothèse d'un commerce exploité conjointement par les deux époux; donc, dans cette hypothèse, la femme n'est pas commerçante (1). Si active que soit la col-

(1) Lyon-Caen, I, n° 269; Cass., 27 janvier 1875; D. 75, 1, 297; Cass., 10 janvier 1881; S. 82, 1, 158; Cass., 23 no-

laboration qu'elle donne à son mari, elle ne devra jamais être considérée comme commerçante elle-même. Il n'y a pas à distinguer trois situations : 1° celle où la femme est mandataire du mari ; 2° celle où elle fait un commerce séparé ; 3° et celle où elle ferait le commerce conjointement avec son mari, — cette dernière, non prévue par la loi, — mais bien deux seulement : la femme fait ou ne fait pas un commerce séparé ; au premier cas, elle est marchande publique, elle ne l'est pas dans le deuxième.

C'est en vain qu'on argumente contre ce système d'une différence de rédaction entre l'art. 5. C. com. et l'art. 234 de la coutume de Paris qu'il reproduit : ce dernier texte disposait que « la femme est réputée marchande publique quand elle fait marchandise séparée et autre que celle de son mari ». Le code de commerce n'exige plus la diversité des commerces du mari et de la femme. Le texte de la loi, dit-on, se prête de préférence à l'interprétation qui admet la femme à devenir commerçante tout en faisant le même commerce que son mari. Cet argument eût-il toute la valeur qu'on lui attache, il n'en resterait pas moins dans la loi moderne comme dans la coutume de Paris la condition de l'indépendance entre le commerce de la femme et celui du mari.

Ce système n'est pas moins favorable que l'autre

vembre 1881 ; D. 82, 1, 447 ; Cass., 11 août 1884 ; D. 85, 1, 296 ; Lyon, 5 février 1881 ; D. 81, 2, 192.

au crédit public. Les créanciers ne sont trompés que s'ils commencent par interpréter l'art. 5 dans le sens de l'opinion adverse. Il faut bien convenir que quand ils traitent avec une femme mariée la prudence leur commande de rechercher à quel titre la femme s'engage envers eux. Contractant sans l'autorisation du mari, elle ne peut agir que comme mandataire ou comme commerçante en son propre nom. C'est aux créanciers à examiner laquelle de ces deux qualités la femme a entendu prendre : s'ils ne le font pas et sont trompés plus tard dans leurs espérances, ils n'auront à en accuser que leur propre négligence.

Le législateur s'est montré très sage en ne permettant pas que la femme puisse être commerçante tant qu'elle ne fait pas un commerce séparé entièrement de celui du mari ; le négoce entraînant pour ceux qui s'y livrent des obligations spéciales, rigoureuses, et en tous cas exceptionnelles, il était juste que la femme n'y fût soumise que si aucun doute ne pouvait s'élever sur son intention de les assumer. Cette certitude ne se rencontre que dans l'hypothèse où le mari ne fait aucun commerce, ou bien un commerce indépendant de celui de la femme.

A notre avis, la femme, exploitant avec son mari un fonds de commerce, n'est donc pas commerçante, bien qu'elle agisse en son nom personnel.

Par suite elle demeure incapable, comme de droit commun, de contracter pour elle-même sans l'auto-

risation spéciale de son mari ou son -concours à l'acte; elle peut faire annuler, pour incapacité, les engagements qu'elle a pris contrairement à ces prescriptions; si le créancier a exigé aussi l'engagement du mari, mari et femme ne seront pas tenus solidairement, si la solidarité dans l'obligation n'est pas formellement réprimée. Enfin la femme ne peut être déclarée en faillite.

L'opinion contraire conduit naturellement à des conséquences opposées. Comme elle reconnaît deux commerçants dans l'hypothèse que nous envisageons, il y aura deux faillites, ou plutôt la faillite d'une exploitation unique à laquelle sont intéressés le mari et la femme. La faillite de l'un des époux entraînera celle de l'autre. On se pose alors, en suivant cette opinion, une question curieuse : Les art. 557 à 564 C. com. seront-ils applicables à la femme qui aurait des droits à exercer à l'encontre de son mari? Ces dispositions n'ont été faites apparemment que pour régler le conflit de la femme avec des créanciers du mari qui n'étaient pas tous aussi ses créanciers personnels; mais si la liste des créanciers du mari, et celle des créanciers de la femme coïncident, il n'y a pas de raison pour demander à la femme une preuve rigoureuse à l'appui de ses prétentions. Les biens qu'elle parviendrait à soustraire aux créanciers du mari leur reviendront en qualité de créanciers de la femme. Il semble donc qu'on devrait appliquer le droit commun.

Appendice : Société entre époux. — Nous venons d'examiner le cas où la femme était l'associée du mari en fait. Pourrait-elle le devenir en droit ? Deux époux peuvent-ils valablement former entre eux une société commerciale ?

La question est controversée, mais elle est résolue sans hésitation par la jurisprudence.

Cette jurisprudence est constante sur les deux points suivants :

1^o Nullité de toute société formée entre époux pendant le mariage :

2^o Dissolution de plein droit par le seul fait du mariage de celle qui pouvait exister auparavant entre les deux personnes désormais unies par mariage (1).

Voici les arguments des tribunaux :

1^o Le mariage emporte subordination de la femme au mari. La société, au contraire, implique l'indépendance complète de chaque associé. L'existence d'une société entre époux se heurterait donc aux règles essentielles de l'organisation de la famille.

On a répondu que l'autorisation donnée par le mari à sa femme de faire le commerce, était une abdication du pouvoir marital, autorisée par la loi en faveur du négoce. La femme devient l'égale du

(1) Cass., S. 52, 4, 281 ; Paris, 71, 2, 71 ; Paris, 88, 4, 402 ; D. 88, 4, 349. — Cf. Art. de M. Camberlin, Journal *La Loi*, n^o du 6 mars 1884.

mari en capacité civile. Le texte de la loi, a-t-on remarqué, est très exact quand il dit que la femme peut s'obliger sans le consentement de son mari, quand elle est marchande publique. Le mari n'autorise pas chaque acte en particulier, mais l'exploitation du commerce en une seule fois. L'autorisation maritale n'apparaît qu'au début de la vie commerciale de la femme. Elle est alors indispensable, mais sa nécessité s'évanouit immédiatement après, pour tout ce qui concerne le négoce. Par suite, quand une société commerciale est formée entre époux, le mari, par son assentiment, rend sa femme indépendante du pouvoir marital pour toutes les affaires de la société. Et la femme est dans la même situation que si le mari l'autorisait à s'associer avec un tiers.

Il est facile de répondre que le mari, loin d'abdiquer la puissance maritale quand il autorise sa femme à faire le commerce, continue à l'exercer. Ne reste-t-il pas maître de révoquer l'autorisation accordée. Faut-il admettre qu'il puisse ainsi dissoudre la société par un moyen indirect, qui ne sera pas à la disposition de la femme?

Et, d'ailleurs, il ne s'agit pas tant de prédominance légale du mari sur la femme que de prédominance morale. Comment veut-on que la femme demande au mari des comptes d'administration? Serait-elle bien sérieuse cette société où l'un des associés imposerait toujours sa volonté, où la di-

rection émanerait d'un seul, sans le contre-poids d'un contrôle efficace?

Puisque l'égalité et l'indépendance qu'exige la société ne peuvent exister entre époux, il faut prononcer la nullité de toute société qui serait formée de la sorte.

Cet argument nous paraît très solide, et c'est en l'invoquant que nous nous rangeons au système de la jurisprudence. Il n'en est pas de même des autres raisons produites à l'appui de ce système.

La formation d'une société entre époux, dit-on, déroge aux conventions matrimoniales parce qu'elle conduit à attribuer respectivement aux époux sur les biens sociaux des pouvoirs différents de ceux qui leur ont été donnés par le contrat de mariage. Mais, une société commerciale constitue une personne morale : l'actif social n'est, à proprement parler, ni commun ni propre, il est la propriété de la société. Les pouvoirs qui peuvent appartenir au mari en qualité de gérant du fonds social ne sont pas les mêmes que les pouvoirs du mari, comme tel, sur les biens de la communauté ou sur les biens de la femme (cf. M. Boistel, n° 100). En principe, il n'y a donc pas dérogation aux conventions matrimoniales.

Certains auteurs mettent à part le cas d'une société universelle, mais nous n'apercevons pas de différence essentielle, à notre point de vue, entre la société particulière et la société universelle. Si la

société particulière n'altère pas les conventions matrimoniales, la société universelle, qui n'en diffère que par l'étendue, les respectera également. Si chaque époux peut valablement comprendre toute sa fortune dans une société formée avec un tiers, pourquoi ne pourrait-il pas de même en faire l'apport dans une société formée avec son conjoint? Les conventions matrimoniales sont sauvées dès qu'on fait intervenir l'idée de la personnalité juridique des sociétés commerciales. Les époux se dépouillent au profit d'un être nouveau, la société, et sur l'actif social leurs pouvoirs sont déterminés, non par leur contrat de mariage, mais par les statuts de la société. Qu'importe qu'il ne reste plus, en fait, aucun bien au mari ou à la femme, le mari n'en demeure pas moins administrateur des biens de la communauté ou des biens de la femme; mais ses prérogatives sommeillent momentanément, sans emploi.

Un autre argument donné en faveur de la nullité des sociétés entre époux est tiré de l'art. 5 C. com. La femme, dit-on, ne peut être commerçante que si elle fait un commerce séparé. Elle ne pourrait donc pas contracter une société commerciale avec son mari, parce que cela la constituerait commerçante dans certains cas (société en nom collectif, notamment) et qu'elle ne peut être commerçante qu'en se livrant à un commerce indépendant de son mari. M. Boistel a victorieusement répondu

que l'art. 5 signifie seulement : on ne présumera pas une société entre les époux quand tous deux se livreront au même commerce; mais rien dans l'art. 5 n'empêche les époux de déclarer formellement qu'ils entendent s'associer, et de détruire la présomption de la loi par une affirmation contraire.

Ces derniers arguments sont donc bien faibles, et la seule considération qui nous décide en faveur de la nullité des sociétés entre époux, c'est l'incompatibilité qui existe entre la situation d'un associé et celle d'une femme mariée dans ses rapports avec son mari.

Au surplus, si la jurisprudence cherche à justifier juridiquement sa solution, c'est surtout par des considérations de fait qu'elle nous paraît avoir été dominée. Dans quel cas deux époux songent-ils à s'associer pour faire le commerce? Ou, plutôt, pour rester dans l'hypothèse pratique, dans quel cas le mari propose-t-il à la femme de former avec lui une société commerciale? C'est à la veille ou au lendemain d'un désastre. Ce n'est pas pour augmenter le patrimoine de sa femme dans des opérations sagement préparées, c'est afin de dissiper la défiance naissante des créanciers. C'est pour lui une branche de salut. Dans ces circonstances on comprend que les tribunaux, désireux d'accorder protection à la femme, ne reconnaissent pas la validité d'une société qui permettrait au mari d'engager les capitaux de sa femme dans des opérations hasardeuses, et

de jeter sa fortune dans une situation déjà compromise.

Mais ce que nous venons de dire des sociétés entre époux ne s'applique qu'aux sociétés de personnes, non pas aux sociétés de capitaux. Il n'est pas douteux que deux époux puissent être actionnaires d'une même société anonyme ou en commandite par actions. L'apport fait à ces sortes de sociétés a le caractère d'un placement de fonds.

Vu, le Président de la Thèse :

BOISTEL

Vu, le Doyen :

E. GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	4

PREMIERE PARTIE

Situation juridique de la femme d'un commerçant.

CHAPITRE I

APRÈS LA FAILLITE

Section I. — Aperçu général	3
Section II. — Conditions d'application des art. 557 à 564 C. com.	7
Section III. — Examen détaillé de ces articles.	17
§ 1 ^{er} . — La femme peut exercer des droits dans la faillite avant toute dissolution du régime matrimonial	17
§ 2. — Droits de la femme. — Restrictions	26
1 ^{re} Division : La femme agit comme propriétaire	27
I. — Biens donnés par le mari. Avantages ma- trimoniaux	27
II. — Biens acquis à titre gratuit d'un autre que le mari ou possédés lors du mariage.	31
Revendication d'un immeuble	31
Revendication d'un meuble	32
III. — Biens acquis à titre onéreux par la femme pendant le mariage.	48
2 ^e Division : La femme agit comme créancière.	71
I. — Causes diverses des créances de la femme.	71
II. — La femme ne se prévaut pas de son hypo- thèque légale	77

III. — De la femme créancière hypothécaire . .	93
Appendice : Reprise du capital d'une assurance sur la vie ,	101
Section III. — Inaction de la femme. — Droits des créan- ciers	111

CHAPITRE II

AVANT LA FAILLITE

Application du droit commun	115
§ 1 ^{er} . — Dettes commerciales	116
§ 2. — Bénéfices commerciaux.	119
§ 3. — Preuve des reprises (Renvoi).	120

DEUXIEME PARTIE

Situation juridique du mari d'une commerçante.

Considérations générales.	122
Autorisation maritale.	123

CHAPITRE I

LA FEMME N'EST PAS EN FAILLITE

Section I. — Obligation du mari aux dettes.	135
§ 1 ^{er} . — Régime de communauté.	136
§ 2. — Régimes autres que la communauté.	160
Limitation de la responsabilité du mari	169
Dettes délictuelles	171
Révocation par le mari de son autorisation. — Annu- lation en justice. — Effets des actes postérieurs de la femme	175
Théorie de l'autorisation-mandat	178
Avec quels biens la femme peut-elle faire le com- merce ?	187
Section II. — Bénéfices commerciaux	190

CHAPITRE II

LA FEMME EST EN FAILLITE

Avantages matrimoniaux.	195
Reprises.	199
Présomptions des art. 557 et 562 C. com.	199

TROISIEME PARTIE

Du commerce conjoint.

1. — La femme est mandataire du mari	205
2. — La femme fait le commerce en son propre nom conjointement avec son mari	207
Appendice : Société entre époux	215

